SINOPSES JURÍDICAS

19

Direito Administrativo

Parte I

Márcio Fernando Elias Rosa

Editora Saraiva

Direito Administrativo

Parte I

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

SINOPSES JURÍDICAS

Márcio Fernando Elias Rosa

Procurador de Justiça/SP.
Mestre em Direito do Estado pela PUCSP.
Professor Universitário e no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Direito Administrativo

12ª edição

2011

Volume 19

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

196.146.012.001

ISBN 978-85-02-11340-4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rosa, Márcio Fernando Elias
Direito administrativo / Márcio Fernando Elias Rosa. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 19)

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil I. Título. II. Série.

10-11401 CDU-35

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

Diretor editorial *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
Diretor de produção editorial *Luiz Roberto Curia*
Gerente de produção editorial *Lígia Alves*
Editor *Jônatas Junqueira de Mello*
Assistente editorial *Sirlene Miranda de Sales*
Assistente de produção editorial *Clarissa Boraschi Maria*
Preparação de originais *Daniel Pavani Naveira*
Arte e diagramação *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
Isabel Gomes Cruz
Revisão de provas *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
Setsuko Araki
Serviços editoriais *Ana Paula Mazzoco*
Carla Cristina Marques
Capa *Aero Comunicação*

Data de fechamento da edição: 25-9-2010

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

ÍNDICE

Apresentação 11

Capítulo I – Direito administrativo 13
1. Conceito de direito administrativo 14
2. Objeto 15
3. Ramo do direito público 16
4. Relações com outros ramos do direito 16
5. Fontes 18
5.1. Lei 19
5.2. Jurisprudência 19
5.3. Princípios gerais de direito 20
5.4. Costume 20
6. Regime jurídico-administrativo 20

Capítulo II – Estado, Governo e Administração Pública 23
1. Administração — conceito 23
2. Estado e governo 24
2.1. Organização do Estado brasileiro 26
3. Administração direta e indireta 31
3.1. Descentralização política 33
3.2. Organização administrativa 33

Capítulo III – Princípios de direito administrativo 39
1. Introdução 39
1.1. Princípio da legalidade 40
1.2. Princípio da impessoalidade 42
1.3. Princípio da moralidade administrativa 43
1.4. Princípio da publicidade 45
1.5. Princípio da eficiência 46
2. Regime jurídico-administrativo — princípios 47

2.1. Supremacia do interesse público 47
2.2. Princípio da indisponibilidade 48
2.3. Princípio da continuidade 48
2.4. Princípio da autotutela 49
2.5. Especialidade 50
2.6. Presunção de legitimidade, de legalidade, de veracidade 51
2.7. Razoabilidade 51
2.8. Proporcionalidade 52
2.9. Motivação 52
2.10. Segurança jurídica 53
3. Violação dos princípios 53

Capítulo IV – Organização administrativa — Órgãos, cargos e agentes públicos 57
1. Desconcentração 57
2. Órgãos públicos 57
2.1. Classificação 59
3. Função pública 61
4. Cargo público 61
5. Agentes públicos 62

Capítulo V – Administração pública indireta 66
1. Introdução 66
2. Autarquias 66
2.1. Autarquias de regime especial 70
2.2. Classificação 71
3. Agências — reguladoras e executivas 72
3.1. Agências reguladoras 73
4. Fundações 75
5. Associações e consórcios públicos 78
6. Entidades empresariais (empresas estatais): pessoas jurídicas de direito privado 79
7. Súmulas do STF 85
8. Súmulas do STJ 85

Capítulo VI – Entes de cooperação, paraestatais 88
1. Introdução 88
2. Serviços sociais autônomos 88
3. Ordens e Conselhos 89
4. Organizações sociais 91

5. Organizações da sociedade civil de interesse público 93
6. Fundações e entidades de apoio a instituições oficiais de ensino superior 94
7. Súmula do STF 94

Capítulo VII – Terceiro setor 96
1. Introdução 96
2. Conceito e características 97
2.1. Relevância social e jurídica 98
2.2. Princípio da subsidiariedade 98
2.3. Fomento estatal 99
3. Entidades de utilidade pública ou de interesse social 101
3.1. Finalidade não lucrativa 102
3.2. Filantropia 103
3.3. Voluntariado 103
4. Espécies 103
5. OS e OSCIP 104
6. Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública 105
7. Controle 106

Capítulo VIII – Poderes administrativos 108
1. Poder-dever 108
2. Poderes administrativos em espécie 110
2.1. Poder vinculado 110
2.2. Poder discricionário 110
2.3. Poder hierárquico (princípio da hierarquia) 111
2.4. Poder disciplinar 112
2.5. Poder regulamentar 112
2.6. Poder de polícia 114
2.6.1. Atributos 115
2.6.2. Sanções 116
2.6.3. Alvarás de licença e de autorização 116
2.6.4. Limites do poder de polícia 117
3. Súmulas do STF 118
4. Súmulas do STJ 118

Capítulo IX – Atos administrativos 120
1. Atos jurídicos 120
2. Requisitos ou condições de validade 122

2.1. Elementos e pressupostos do ato administrativo 126
3. Atributos 128
4. Ato administrativo perfeito 129
5. Atos de governo 130
6. Classificação fundamental 131
7. Espécies 133
7.1. Atos normativos 133
7.2. Atos ordinatórios 134
7.3. Atos enunciativos 134
7.4. Atos negociais 134
7.5. Atos punitivos 135
8. Atos de direito privado 135
9. Extinção dos atos administrativos 136
9.1. Anulação e revogação 136
10. Súmulas do STF 138

Capítulo X – Agentes públicos 141

1. Introdução 141
2. Regime jurídico 142
3. Regime jurídico único 144
4. Acessibilidade 145
4.1. Concurso de ingresso 146
4.2. Pessoa com deficiência — inclusão social 150
4.3. Atividade jurídica 150
5. Cargos em comissão e funções de confiança 151
6. Acumulações 153
6.1. Investidura ou provimento 154
6.2. Estágio probatório 156
6.3. Vacância 157
7. Sindicalização e direito de greve 158
8. Sistemas remuneratórios 160
9. Limitações remuneratórias 162
10. Revisão anual 163
11. Irredutibilidade 164
12. Aposentadoria 165
12.1. Aposentadoria voluntária 167
12.1.1. Regras de transição 168
12.2. Aposentadoria por invalidez 170
12.3. Aposentadoria compulsória 171
13. Deveres dos agentes públicos 171

14. Responsabilidade do agente 172
14.1. Responsabilidade administrativa 172
14.2. Responsabilidade civil 174
14.3. Responsabilidade penal 174
15. Súmulas do STF 175
16. Súmulas do STJ 177

Capítulo XI – Bens públicos 181
1. Introdução 181
2. Bens públicos — conceito 181
3. Classificação 183
4. Defesa de bens públicos 183
5. Afetação e desafetação 183
6. Regime jurídico 184
7. Aquisição 185
7.1. Propriedade e titularidade 186
7.2. Aquisição de bens móveis 186
7.3. Aquisição de bens imóveis 187
7.3.1. Compra e venda e permuta 187
7.3.2. Dação em pagamento 188
7.3.3. Doação 188
7.4. Outros modos de aquisição 188
7.4.1. Usucapião 188
7.4.2. Desapropriação 189
7.4.3. Sucessão 189
7.4.4. Registro de parcelamento do solo 190
7.4.5. Perda e confisco de bens 190
8. Alienação de bens 191
9. Uso de bens públicos 192
10. Bens públicos em espécie 196
10.1. Terra devoluta 196
10.2. Plataforma continental 197
10.3. Terras ocupadas pelos índios 197
10.4. Terrenos de marinha 198
10.5. Ilhas 198

Capítulo XII – Processo administrativo 201
1. Introdução 201

2. O princípio do *due process of law* e o processo administrativo..... 202
2.1. O princípio do juiz natural..... 203
2.2. Das provas no processo administrativo..... 204
3. Princípios..... 204
3.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa 205
3.2. Princípio da pluralidade de instâncias..... 205
3.3. Princípio da gratuidade 205
3.4. Princípio da oficialidade 205
3.5. Princípio do formalismo moderado 206
4. Tipologia do processo administrativo 206
5. Fases do processo administrativo 207
6. Processo administrativo disciplinar 207
7. Meios sumários 208
7.1. Sindicância..... 208
7.2. Verdade sabida..... 209
7.3. Termo de declarações 209
7.4. Sanções disciplinares..... 210
7.5. Servidores públicos civis da União..... 210
8.Demissão de vitalícios..... 212
9.Demissão de estáveis 213

Apresentação

O estudo do direito administrativo reclama, cada dia mais, aprofundamento e análise reflexiva. Desde a 1ª edição, sabíamos que concentrar em uma só unidade ou volume todos os apontamentos era tarefa fadada a ser intransponível em pouco tempo. Resistimos por nove edições, atualizando e suprimindo textos, reciclando e otimizando o espaço com o propósito de facilitar a pesquisa, o estudo ou o conhecimento mínimos dos institutos próprios do direito administrativo. Na 10ª edição, ficou impossível manter a estrutura original. Houve necessária expansão de temas, introdução de outros institutos, e, para conservarmos a mesma expectativa, desdobramos o texto em dois volumes (19 e 20) da Coleção Sinopses Jurídicas.

O propósito segue sendo o mesmo, o de oferecer ao público um estudo sério, conciso, didático e atualizado do direito administrativo; escrito com a seriedade que o direito reclama.

Na presente edição, estudamos *o direito administrativo*, *o Estado, a Administração Pública, os princípios do direito administrativo, os atos administrativos, os poderes administrativos, os bens públicos, o processo administrativo e os agentes públicos*, com os aspectos jurídicos mais recorrentes na aplicação do direito administrativo. No volume seguinte (20), com os mesmos critérios, revisamos os demais temas do direito administrativo.

Bons estudos.

Capítulo I
DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo adquire maior importância no cenário jurídico na mesma proporção em que a sociedade civil e as instituições que a representam optam por um controle mais efetivo e eficaz da atividade administrativa. Nos Estados totalitários, o direito administrativo, de forma tão intensa quanto o direito constitucional, padece de severas limitações, posto ser o poder centralizado exclusivamente na vontade daqueles que o detêm e a atividade administrativa, por via de consequência, mera forma de exteriorização daquele desejo pessoal. Na medida em que o Brasil se democratizou, ganhou o direito administrativo maior amplitude de aplicação, e no cenário jurídico nacional reacenderam debates em torno de questões de interesse desse ramo do direito público. A modernização do Estado igualmente contribui para o desenvolvimento do direito administrativo, e sua importância é realçada ainda mais nos dias que correm.

Um exame mínimo do desenvolvimento histórico do direito administrativo revela seus traços ainda no século XVIII, seja pela ideia de submissão do Estado à legislação, seja pela constitucionalização do Estado e seu franco desenvolvimento posterior e a partir da democratização dos Estados modernos. O desenvolvimento substancial do direito administrativo deu-se a partir do final do século XVIII, com a instituição do chamado Estado de Direito, cujas premissas podem estar nos princípios da legalidade, da separação dos Poderes, na constitucionalização do Estado. O modo de organização do Estado, sobretudo a partir dos movimentos revolucionários daquele período histórico, foi decisivo para o desenvolvimento do direito administrativo, anotando-se tanto as decisões do Conselho de Estado francês, como a primeira lei de organização da Administração na França (Lei de 28 pluvioso Ano VIII – 1800), como os grandes contributos históricos.

O surgimento do direito administrativo é controverso, muito embora seja usual associá-lo à ideia de subordinação do Estado ao

princípio da legalidade e ao Estado de Direito. Em verdade, o seu desenvolvimento ocorreu após aquele advento, mas a sua origem seria anterior e, sobretudo, a partir das decisões do Conselho de Estado francês. O reconhecimento de um regime jurídico próprio para a Administração Pública, concebido pelas máximas da supremacia do interesse público, das prerrogativas públicas, da discricionariedade, resultou antes das decisões do próprio Poder Executivo, e não da submissão deste ao princípio da legalidade. Com a Revolução Francesa, instaurou-se na França a jurisdição administrativa ou o contencioso administrativo, encarregado de julgar as causas de interesse da Administração Pública, ficando a jurisdição comum com o julgamento dos demais litígios. As decisões daquele Conselho é que teriam identificado os primeiros vetores do direito administrativo.

Em verdade, quanto maiores a participação popular na condução da atividade administrativa e a sujeição do Estado à Lei ou ao Direito, maiores a incidência de normas de direito público e a preocupação com o estudo do direito administrativo. Isso explica por que, desde 1988, o direito administrativo brasileiro assiste a uma grande expansão, recepcionando intensamente o influxo de novas formas de regulação, que têm intensificado o projeto de Reforma do Estado e da Administração iniciados ainda no final dos anos 80 e início dos anos 90 do século XX. Há, presentemente, valorização para as novas formas de atuação associativa (são exemplos os consórcios públicos e o surgimento das associações públicas), o fomento à atuação de entidades privadas de interesse social (como as OS e OSCIPs), além da conformação legal das novas autarquias de regime especial (as chamadas agências reguladoras). Também ganha (ou deve ganhar) valorização a atuação da sociedade civil (princípio da participação), de forma organizada ou não, no espaço público, atuando de forma positiva na formulação das políticas públicas ou na tomada de decisões que reúnam eficácia social de maior importância (audiências públicas, por exemplo).

1 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O conceito e o conteúdo do direito administrativo variam conforme o critério adotado pelo doutrinador ao longo de seu desenvol-

vimento. Dos estudos doutrinários e dos sistemas legais decorreu o surgimento de várias teorias, dentre elas: a *legalista*, a *do Poder Executivo*, a *do serviço público (Escola do Serviço Público)*, a *teleológica* e a *negativista*. Para alguns, o direito administrativo pode ser conceituado como sendo tão somente um conjunto de leis administrativas *(legalista)*; a reunião de atos do Executivo *(Poder Executivo)*; a disciplina, organização e regência da prestação de serviços públicos *(serviço público)*; o sistema de princípios que norteiam o atendimento dos fins do Estado *(teleológica* ou *finalística)*; ou, por fim, o ramo do direito que regula toda a atividade que não seja legislativa e jurisdicional *(negativista)*.

O direito administrativo brasileiro, em síntese, *pode ser entendido como o conjunto de princípios jurídicos que regem a atividade administrativa, as entidades, os órgãos e os agentes públicos, objetivando o perfeito atendimento das necessidades da coletividade e dos fins desejados pelo Estado*. Apoia-se no modelo denominado "europeu-continental", originário do direito francês e adotado por Itália, Espanha, Portugal, dentre outros países europeus, sendo também chamado de "direito administrativo descritivo" e que se opõe ao modelo "anglo-americano", porque tem por objeto a descrição e delimitação dos órgãos e dos serviços públicos, sendo derrogatório do direito privado, enquanto o segundo fulcra a atuação administrativa sem derrogação do direito privado, integrando a Ciência da Administração.

2 OBJETO

Compete-lhe o estudo da atividade ou função administrativa exercida direta ou indiretamente, de sua estrutura, de seus bens, de seu pessoal e de sua finalidade. Objetiva, em especial, o estudo de atos editados pelo Poder Executivo, conquanto aplicável também a atos oriundos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Por função administrativa entende-se, com enorme controvérsia na doutrina, o dever de o Estado atender ao interesse público, satisfazendo o comando decorrente dos atos normativos. O cumprimento do comando legal, como se verá, poderá decorrer da função exercida por pessoa jurídica de direito público ou mesmo privada descentralizada da entidade estatal que a criou. *O que não se discute é a absoluta*

submissão da Administração à lei, que lhe autoriza o exercício, ou a exteriorização por atos e decisões de seus poderes. Ante tal submissão, mesmo seus *poderes* hão de ser entendidos como *deveres*, completando-se no binômio poder-dever, ou dever-poder.

O estudo da Administração Pública, em face dos conceitos propostos, é substancialmente o objeto e a função precípua do direito administrativo.

3 RAMO DO DIREITO PÚBLICO

O direito administrativo é classificado tradicionalmente como o ramo do direito público interno, no qual também se situam o direito constitucional, o tributário, o penal, o processual civil e o processual penal, ao lado de outros conhecidos mais recentemente, como ambiental, eleitoral e urbanístico, diferentemente, portanto, dos ramos do direito privado: civil, comercial e do trabalho.

A divisão do direito em público (interno e externo) e privado advém do direito romano e sempre suscitou discussões doutrinárias. É que o direito objetivo constitui uma unidade e não pode ser separado de forma absoluta, ignorando-se a intensa intercomunicação entre todos os seus ramos.

Assim, a divisão proposta de há muito atende à finalidade didática e consagra a doutrina majoritária que resume o direito público naquele que regula as relações em que o Estado é parte ou mantém interesse preponderante, regendo a sua organização, atuando com supremacia e visando o interesse público, enquanto ao direito privado restam as normas reguladoras das relações mantidas exclusivamente por particulares, caracterizadas pelo interesse privado.

4 RELAÇÕES COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Com o *direito constitucional* há relacionamento porque a este se comete o modelo de atuação da Administração Pública, fixando-lhe os princípios, a regência enfim. A Carta Constitucional de 1988 tratou, em capítulo próprio (VII) e sob o título "Organização do Estado", da Administração Pública, conferindo, portanto, um regime pró-

prio: regime jurídico constitucional-administrativo. O direito constitucional e o direito administrativo mantêm autêntica relação de dependência; enquanto o primeiro cuida da fixação da estrutura do Estado e dos seus fins, sendo estático, o segundo trata de instrumentalizar o seu funcionamento e a consecução desses fins, sendo dinâmico.

A Constituição da República traça o perfil da Administração Pública, ditando os seus princípios básicos, regula a forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, estabelece as acumulações vedadas, a obrigatoriedade de licitação, a possibilidade de constituição de empresas estatais, a prestação de serviços públicos, dentre outras tantas normas aplicáveis à Administração Pública direta e indireta (Capítulo VII, arts. 37 e s.). O direito administrativo é informado pelos princípios expressos e implícitos contidos na Constituição da República, daí a interdependência dos dois ramos do direito público interno.

Com o *direito tributário* o direito administrativo também se relaciona intensamente, e, para muitos, de forma sistêmica, ante a composição da receita pública regulada por normas do primeiro e sua gestão deferida à Administração Pública.

A partir do *direito penal* o direito administrativo conhece o ilícito penal praticável apenas por agentes públicos (CP, arts. 330 e 331), qualificando de forma diversa conduta penalmente ilícita quando perpetrada por cidadão que ostente a qualificação funcional de agente público (a lei penal refere-se a funcionário público).

Do *direito processual* o direito administrativo retira normas aplicáveis aos processos administrativos, aplicando, v. g., as normas previstas no Código de Processo Penal subsidiariamente aos seus processos disciplinares. A interação visa a garantir, fundamentalmente, o contraditório e a ampla defesa ou o devido processo legal. A forma dos atos processuais, os modos de publicização do processo e de seus atos podem ter fundamento nas regras gerais concebidas pelo direito processual.

Mesmo com o *direito do trabalho* há relação, uma vez que o acesso a emprego público, por vezes, se dá com a aplicação de normas próprias instituídas pela Consolidação das Leis do Trabalho, como ocorre na composição do quadro de pessoal das sociedades de economia mista e das empresas públicas. A aplicação da CLT aos emprega-

dos públicos, espécie de agentes públicos, permite o estabelecimento de relação de natureza contratual, empregatícia, entre a Administração e seus agentes (no caso, empregados públicos), ainda que também em maior número a relação estabelecida seja de matiz diverso, próprio de um regime específico (estatutário).

O *direito civil* e o *comercial* também emprestam normas ao direito administrativo sempre que aplicados seus institutos aos negócios jurídicos de interesse da Administração. Assim, por exemplo, quando esta põe em circulação um título de crédito; constitui uma sociedade de economia mista; realiza uma alienação de bem imóvel ou recebe um bem em doação, valendo-se de institutos de direito comercial e de direito civil.

5 FONTES

Por *fonte* do direito pode-se compreender o *fundamento de validade da ordem jurídica*. É fonte de uma norma a anterior, que lhe seja superior, tal como concebido por Kelsen. A Constituição passa a ser a fonte das demais normas jurídicas. Para a validez da Constituição, porém, não há norma positivada, mas uma *norma hipotética fundamental*, que é pressuposta. A norma hipotética, por fim, é que confere o fundamento de validade para todo o sistema ou ordem jurídica. Esse é o sentido formal de fonte do direito. *Fonte* do direito, porém, é usualmente empregada em outro sentido, associando-a ao que produz o direito. As fontes formais podem ser *estatais* (lei, jurisprudência, convenções e tratados internacionais) e *não estatais* (costumes, doutrina, o poder de grupos sociais).

As fontes do direito administrativo têm sido apresentadas de forma contraditória pela doutrina. Basicamente, a principal fonte do direito administrativo é a lei, norma escrita superior dentre todas e impessoal, além de outros atos normativos, abrangendo, assim, desde as normas constitucionais até as instruções, circulares e demais atos decorrentes do poder normativo estatal.

Outras fontes, secundando a lei, inspiram o direito administrativo, a saber: a jurisprudência, a doutrina, os princípios gerais de direito e os costumes.

5.1. LEI

Regra escrita, geral, abstrata, impessoal, que tem por conteúdo um direito objetivo no seu sentido material e, no sentido formal, todo ato ou disposição emanada do Poder Legislativo. Consoante sua destinação, recebe o nome de *lei constitucional, lei administrativa, lei civil, lei penal, lei processual, lei tributária, lei comercial* etc. Será o seu conteúdo que lhe emprestará a natureza de norma *de ordem pública* ou *de ordem privada — lex privata*, não correspondendo necessariamente ao direito público as normas de ordem pública. Tanto assim que as normas aplicáveis ao casamento e sua dissolução, a despeito de tangerem ao direito civil — privado, portanto —, possuem o conteúdo de normas públicas, que lhes garante a rubrica "ordem pública".

A lei, como norma jurídica, deve ser entendida, em seu sentido material, como todo ato normativo imposto coativamente pelo Estado aos particulares, regrando as relações entre ambos e dos particulares entre si.

A lei em acepção ampla é fonte do direito administrativo, abrangendo todos os atos normativos resultantes do poder legiferante e do poder normativo: lei constitucional (superior a todas); lei complementar (superior em relação às demais); lei ordinária; lei delegada; medida provisória (que, embora não seja lei, produz efeitos como se fosse); decreto legislativo; resolução do Senado; decreto regulamentar; instrução ministerial; regulamento; regimento; circular; portaria; ordem de serviço.

5.2. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência, ou a reunião organizada de decisões proferidas num mesmo sentido, inspira o direito administrativo. Diversos doutrinadores não a reconhecem como fonte do direito, entendendo-a como mera fonte imediata ou de valor moral. Mas, parece-nos acertado indicá-la como fonte, sendo marcante a sua influência em diversos institutos, tais como a responsabilidade civil do Estado, a intervenção na propriedade privada, na apuração de ilícitos funcionais e, ainda, na dosimetria da sanção disciplinar.

A jurisprudência é resultante do exercício da atividade jurisdicional que, ante a reiteração de decisões em um mesmo sentido, passa a constituir norma aplicável a hipóteses similares.

5.3. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Os princípios gerais de direito, ou os postulados que dirigem toda a legislação, apresentam-se como fonte do direito administrativo, porquanto atuam como pressupostos de todas as regras jurídicas. Os princípios aplicáveis à Administração, tanto os previstos expressa ou implicitamente na Constituição como os estabelecidos em outros atos normativos, têm tal natureza e são de observância obrigatória.

5.4. COSTUME

O costume, desde que não contrário à lei e à moral, pode constituir fonte do direito administrativo, em especial porque não há codificação de todas as normas e pela impossibilidade de estas suprirem as lacunas conhecidas tão só do exercício da atividade administrativa. O costume requisita a prática reiterada, sua uniformidade, continuidade e moralidade, para ser fonte do direito, e não é diferente para o direito administrativo.

Não se confunde, porém, o costume com a praxe administrativa, que vem a ser a reiterada forma de condução da máquina administrativa e o modo pelo qual atuam os agentes públicos.

6 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

O direito administrativo, como dito, constitui uma disciplina jurídica vinculada ao direito público, organizada a partir de princípios jurídicos harmonicamente reunidos. A expressão "regime jurídico-administrativo" consagra a união dos princípios peculiares a essa disciplina, que conservam entre si não apenas união, mas relação de interdependência. Tais princípios são: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade dos interesses públicos (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19).

Esse regime é, ainda, caracterizado pela coexistência de "prerrogativas" e "sujeições" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 64). As *prerrogativas* são detidas pela Administração Pública para satisfazer o interesse público, *condicionando ou limitando* o exercício de direitos e liberdades do indivíduo, denotando a "supremacia do interesse público sobre o particular". As sujeições restringem a autonomia de vontade da Administração Pública, que somente atua para atender ao interesse público e na forma permitida por lei. Daí o binômio *prerrogativas e sujeições* típico do regime jurídico aplicável para todos os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública brasileira.

A expressão "regime jurídico-administrativo" difere da expressão "regime jurídico da Administração", que tanto pode ser de direito público como de direito privado, conforme esteja submetida a Administração em determinada atuação. O modelo afasta a submissão ao direito privado ou público, conferindo tratamento jurídico híbrido para o Poder Público e para a Administração. O "regime jurídico-administrativo" consagra princípios próprios do direito administrativo e da Administração Pública:

- ✓ Regime jurídico da Administração — conjunto de normas de direito público ou de direito privado aplicáveis à regência da Administração Pública.
- ✓ Regime jurídico-administrativo — conjunto de normas de direito público próprias do direito administrativo e que condicionam a vontade da Administração (sujeição) e permite-lhe o exercício de prerrogativas exorbitantes do direito privado.

QUADRO SINÓTICO – DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito administrativo	1. Desenvolvimento Histórico 2. Conceito 3. Objeto

<table>
<tr><td rowspan="2">Direito administrativo</td><td rowspan="2">4. Fontes</td><td>— formais</td><td>1. lei (desde a CF)
2. demais atos normativos</td></tr>
<tr><td>— outras fontes</td><td>1. jurisprudência
2. doutrina
3. princípios gerais de direito
4. costumes</td></tr>
<tr><td>Regime jurídico-administrativo</td><td colspan="3">— conjunto de normas de direito público próprias de direito administrativo</td></tr>
<tr><td>Regime jurídico da Administração</td><td colspan="3">— conjunto de normas de direito público ou de direito privado</td></tr>
<tr><td colspan="4">REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO = PRERROGATIVAS + SUJEIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</td></tr>
</table>

Capítulo II
ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1 ADMINISTRAÇÃO — CONCEITO

A Administração Pública pode ser conceituada, *em sentido amplo*, como o conjunto de entidades e de órgãos incumbidos de realizar a atividade administrativa visando à satisfação das necessidades coletivas e segundo os fins desejados pelo Estado. *Sob o enfoque material, objetivo*, o conceito de administração leva em conta a natureza da atividade exercida (função administrativa), e, sob o *subjetivo, formal ou orgânico*, as pessoas físicas ou jurídicas incumbidas da realização daquela função.

A doutrina menciona "Administração" e "administração", conforme se refira ao exercício da atividade administrativa (em minúsculas), ou ao próprio Estado (em maiúsculas).

A atividade administrativa, repise-se, pode ser entendida como a gestão dos interesses qualificados da comunidade — pela necessidade, utilidade ou conveniência de sua realização — e marcados pela conjugação de dois princípios caracterizadores do regime jurídico-administrativo: supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

A Administração Pública está subordinada aos princípios de direito administrativo e, em especial, aos princípios básicos instituídos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), além dos que decorrem do sistema constitucional (proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica etc. — *v*. Capítulo III).

Em síntese:

- ✓ Administração Pública em sentido amplo: *entidades estatais, seus órgãos e agentes obrigados ao exercício da função administrativa*.
- ✓ Administração Pública em sentido material: tange ao estudo da função administrativa (que difere da função legislativa e da função jurisdicional) e é típica para o Poder Executivo.
- ✓ Administração Pública em sentido subjetivo: tange ao estudo dos que devem exercer a função administrativa, as entidades públicas, seus órgãos e agentes.

2 ESTADO E GOVERNO

Estado, Administração e Governo não se confundem. O Estado, "nação politicamente organizada", é dotado de personalidade jurídica própria, sendo pessoa jurídica de direito público interno (CC, art. 41, I), e de quatro elementos básicos: povo, território, poder soberano (poder de autodeterminação e auto-organização emanados do povo para ser exercido em território determinado e por ele defendido) e finalidades definidas. A vontade do Estado é manifestada pelo exercício de seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). O Estado brasileiro, desde a proclamação da República (Constituição de 1891), acolhe a Federação como forma de Estado, conferindo a cada ente federado capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. Todos têm suas normas constitutivas (Constituições Estaduais, leis orgânicas municipais), elegem seus governantes (governadores, prefeitos) e organizam seus órgãos e entidades da Administração. A União, o Distrito Federal, os Estados-Membros e os Municípios, todos com personalidade jurídica de direito público interno, integram a Federação. Os territórios (CF, art. 18, § 2º), quando criados e regulados por lei complementar federal, pertencerão à União e terão personalidade jurídica de direito público.

O Governo e a Administração atuam por suas entidades (dotadas de personalidade jurídica), por seus órgãos (entes despersonalizados e integrantes da estrutura da pessoa jurídica) e por seus agentes (pessoas

físicas incumbidas do exercício da função pública). A atividade administrativa é usualmente exercida pela própria entidade que a titulariza, mas, por vezes, pode ser exercida em regime de comunhão de interesses de mais de uma entidade estatal (como ocorre com a gestão associada de serviços públicos, por meio de consórcios e convênios), como pode se dar por ato ou contrato que transfere a execução para pessoas físicas ou jurídicas estranhas à Administração (é o que se passa com as concessões, permissões, delegações de serviços públicos). A Administração executa funções administrativas que se vinculam à satisfação do interesse público e, por isso, seus atos, por vezes, podem ser impostos coercitivamente e independentemente de anuência dos destinatários ou mesmo à revelia de prévia autorização judicial. São atos que, quando executados, revelam as prerrogativas da Administração, os chamados *poderes administrativos* (*v*. adiante Capítulo VIII). Os três Poderes do Estado também não se confundem com os poderes administrativos; aqueles são estruturais e estes meramente instrumentais da Administração. A função precípua do Legislativo é exercer a atividade normativa: *a elaboração da lei*; a do *Executivo* é o exercício da função administrativa: *a conversão da norma abstrata em ato concreto*; e a do Poder Judiciário é a função jurisdicional: *a aplicação da lei de forma coativa, substituindo a vontade das partes, compondo os conflitos ou resistências ao cumprimento das leis*. A função administrativa desempenha papel diverso: tem natureza executória da vontade estatal, torna concreta a defesa do interesse público, a quem se vincula. Nas relações que estabelece a Administração está sempre vinculada a fins específicos e a um interesse em jogo (o interesse público), por isso não detém a imparcialidade e neutralidade que outras funções estatais devem respeitar.

O exercício da atividade administrativa é concreto e direto; o da atividade legislativa é abstrato; e o do Judiciário, indireto.

Os poderes administrativos, como dito, são meramente instrumentais e objetivam tão somente o atendimento das finalidades ditadas pelo interesse público (poder de polícia, regulamentar, discricionário, hierárquico e disciplinar).

Os três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) praticam atos administrativos e exercem função administrativa (por exemplo, quando admitem pessoal, contratam terceiros, realizam procedimentos licitatórios etc.). O exercício da atividade administrativa por qualquer

dos Poderes está sujeito às normas constitucionais próprias da Administração Pública (*v.* CF, Título III — Da Organização do Estado, Capítulo VII — Da Administração Pública — arts. 37 e s.). O Judiciário edita atos judiciais (atos administrativos) e jurisdicionais (resultantes da sua função precípua). O mesmo se processa em relação ao Legislativo, que realiza atividade legiferante (típica) e administrativa (atípica).

A interpenetração das funções estatais resulta do que prevê a Constituição Federal para cada um dos Poderes do Estado. O Judiciário, cuja função precípua é a *jurisdicional*, que pode ser dotada de *res judicata*, também edita resoluções, regulamentos, regimentos internos por seus Tribunais (art. 96, I, *a*), todos atos de natureza *normativa*, além de organizar e prestar diretamente os seus serviços administrativos (art. 96, I, *a*, *b*, *c* etc.). O mesmo se passa com o Legislativo que, sem prejuízo da sua função típica (legislar), também processa e julga, pelo Senado, o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II), a par de organizar internamente seus serviços administrativos (arts. 51, IV, e 52, XIII). O Executivo, além do exercício típico da função administrativa, pode editar atos normativos (art. 84, IV e VI), medidas provisórias (art. 62), leis delegadas (art. 68), mas não exerce, mesmo de forma atípica, funções jurisdicionais.

Governo corresponde à atividade que fixa objetivos do Estado ou conduz politicamente os negócios públicos. *Atos de Governo* resultam da soberania ou autonomia política detidas pela União (soberania), Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios (autonomia), todos nominados por *entidades estatais ou pessoas políticas*.

Os atos resultantes da atividade governamental (atos de Governo — v. g., sanção, veto, decreto autônomo) são distintos dos atos administrativos: os primeiros são desvinculados, independentes, orientados por critérios legais e políticos, diferentemente dos atos administrativos típicos, que devem guardar necessária dependência, sendo resultantes da atuação hierarquizada própria da Administração Pública.

2.1. ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

O estudo da organização política e da divisão espacial do poder pode ser realizado sob três enfoques: a) da *forma de governo*; b) da *forma de Estado*; c) do *sistema de governo.*

A forma de governo adotada é a republicana. A República privilegia a isonomia entre todos, governantes e governados, não admite a irresponsabilidade política e privilegia o interesse público. A forma de Estado é a federativa, que pressupõe a descentralização política, a soberania do Estado federal, o princípio da indissolubilidade do vínculo, além de outras características adiante estudadas. Por fim, o sistema de governo é o presidencialista, confiando ao Chefe do Executivo também a Chefia da Administração Pública, a representação do Estado e do governo.

De relevo para o direito administrativo os três modos de organização política do Estado, porquanto deles é que decorrem os princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo. Veja-se: da República, a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular; do presidencialismo, a chefia da Administração confiada, sobretudo, ao Executivo; e da Federação o reconhecimento de competências materiais e legislativas a todas as pessoas políticas que compõem o Estado brasileiro.

A Federação pressupõe, como anota Pedro Lenza (*Direito constitucional esquematizado*, São Paulo: Saraiva, p. 247), *descentralização política; constituição rígida como base jurídica; inexistência do direito de secessão; soberania do Estado federal; auto-organização dos Estados-Membros; órgão representativo dos Estados-Membros; guardião da Constituição (STF).*

Compõem a Federação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

União: detém personalidade jurídica de direito público interno, reunindo capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, ou, como sugere Lenza (ob. cit., p. 255), autonomia financeira, administrativa e política (FAP). A representação externa da República Federativa compete à União (CF, art. 21, I a IV).

Detém competência material (administrativa):

— *exclusiva* nas hipóteses do art. 21 da CF (por exemplo, manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; explorar, diretamente ou não, os serviços de telecomunicações, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território etc.);

— *comum* aos demais entes da Federação nas hipóteses do art. 23 da CF (por exemplo, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, preservar florestas, a fauna e a flora, proteger o meio ambiente, proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência etc.).

Já a competência legislativa (para legislar) pode ser:

— *privativa* (CF, art. 22 — por exemplo, legislar sobre direito civil, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, sobre desapropriação, sobre serviço postal etc.). Dentre as matérias de competência privativa figura o estabelecimento de *normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais* de todos os entes federados, assim como para as *empresas públicas e sociedades de economia mista* (CF, art. 22, XXVII). As hipóteses de competência privativa admitem delegação, por lei complementar, aos Estados (e por extensão ao Distrito Federal), como prevê o parágrafo único do art. 22 da CF;

— *concorrente* (CF, art. 24 — por exemplo, legislar sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; orçamento; juntas comerciais; educação, cultura etc.). Nessas hipóteses, as matérias tanto serão reguladas pela União como também pelos Estados e Distrito Federal, cabendo à primeira a fixação de normas gerais. Não havendo norma proveniente da União, os Estados poderão exercer competência legislativa plena. Advindo posteriormente lei federal que fixe as normas gerais e havendo conflito com a norma estadual, esta terá a sua eficácia suspensa (a lei não é revogada).

Estados-Membros: detêm personalidade jurídica de direito público interno e reúnem auto-organização (CF, art. 25, *caput*, na medida em que são regidos por leis e constituições que adotarem); autogoverno (CF, arts. 27, 28 e 125, organizando os Poderes do Estados); auto-administração e autolegislação (CF, arts. 18, 25, 26, 27 e 28).

Reúnem competência material (administrativa):

— *comum* (CF, art. 23, como visto);

— *residual* (CF, art. 25, § 1º): são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição Federal, ou as que sejam residuais.

A competência legislativa pode ser:

— *expressa* (CF, art. 25, *caput*) — competência para impor as suas leis e a sua Constituição, observados, evidentemente, os parâmetros da Constituição Federal;

— *residual* (CF, art. 25, § 1º) — competência que não lhes seja vedada ou residual em relação à União, Distrito Federal e Municípios;

— *delegada* (CF, art. 22, parágrafo único) — por lei complementar, pode a União delegar aos Estados a competência para legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22 da CF;

— *concorrente* (CF, art. 24) — competência para, observando as normas gerais fixadas pela União, legislar concorrentemente com os demais Estados e o Distrito Federal;

— *suplementar* e *supletiva* (CF, art. 24, §§ 1º a 4º) — competência para editar norma específica acerca de matéria regulada pela União, que deve editar normas gerais. Ocorrendo omissão da União, a competência será de caráter *supletivo*; havendo norma geral imposta pela União, a competência será *suplementar complementar.*

Dentre as matérias que compõem a competência material dos Estados-Membros figura a *exploração dos serviços locais de gás canalizado* (CF, art. 25, § 2º), que tanto pode se dar diretamente ou mediante concessão (*v*. a propósito, Lei n. 9.478/97).

Municípios: pessoas jurídicas de direito público interno, dotados de auto-organização (CF, art. 29, *caput*), porque devem organizar-se por meio de Leis Orgânicas; autogoverno (CF, art. 29); autoadministração e autolegislação (CF, art. 30).

Possuem competência material (administrativa) e legislativa. A competência administrativa pode ser:

— *comum* (CF, art. 23);

— *privativa* (CF, art. 30, III a IX) — a Constituição Federal enumera as questões que tangem à competência privativa dos Municípios, como, por exemplo, instituir e arrecadar os tributos de sua competência, criar, organizar e suprimir Distritos; promover o adequado ordenamento territorial etc.

A competência legislativa, por seu turno, pode ser:

— *expressa* (CF, art. 29, *caput*) — são regidos por meio de lei orgânica;

— *suplementar* (art. 30, I): legislam sobre os assuntos de interesse local (toda matéria que diretamente pertine aos Municípios, o que equivale à ideia de interesse predominante ou peculiar interesse; expressões já consagradas pela doutrina constitucional).

Do rol de matérias que exigem a legislação editada pelos Municípios figura também a elaboração de *plano diretor* (CF, art. 182, § 1º) para os que possuam mais de 20.000 habitantes ou que estejam em uma das hipóteses indicadas no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001, art. 41).

Distrito Federal: pessoa jurídica de direito público interno, também integrante da Federação e dotado de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação. É peculiar, reunindo as competências próprias dos Estados e dos Municípios. Regido por lei orgânica, o Executivo é chefiado pelo Governador e o Legislativo integrado por Deputados Distritais. Brasília é a Capital Federal, situada no Distrito Federal. O Distrito Federal não é, portanto, a Capital da República Federativa. Ele não admite subdivisão em Municípios (CF, art. 32). A administração pública no Distrito Federal também assume caráter peculiar, na medida em que há instituições administrativas a ele subordinadas, porém mantidas e organizadas pela União (CF, art. 144, § 6º). Assim, as polícias civil, militar e o corpo de bombeiros do Distrito Federal são organizados pela União, mas utilizados pelo Distrito Federal, nos termos de lei federal. Há, ainda, o Fundo Constitucional do Distrito Federal (Lei n. 10.633/2002), que almeja prover os recursos à organização e manutenção daquelas carreiras, assim como assistência financeira para a execução de serviços de saúde e educação.

Os territórios não são entes federativos, mas podem ser constituídos pela União (CF, art. 18, § 2º), integrando a sua estrutura administrativa. Se criados (o que dependerá de plebiscito e lei complementar), terão a natureza de autarquias de regime especial, ainda que chefiados por Governador nomeado pelo Presidente da República e após aprovação pelo Senado (CF, art. 84, XIV). O primeiro território foi o do Acre (1904) e até a CF de 1988 existiam três: Roraima, Amapá e Fernando de Noronha. A CF de 1988 transformou em Estados-Membros Roraima e Amapá, sendo Fernando de Noronha reincor-

porado ao Estado de Pernambuco. O Arquipélago de Fernando de Noronha é hoje uma entidade autárquica que integra o Executivo de Pernambuco, nominada de Distrito Estadual, com estatuto próprio e autonomia administrativa e financeira (*v.* Constituição Estadual de Pernambuco, art. 96, Lei estadual n. 11.304, de 1995).

Todas as pessoas políticas integrantes da Federação possuem, como vimos, autoadministração e, por isso, devem gerir seus negócios, prestar os serviços públicos de sua competência, zelar pelo primado do interesse público.

Todas detêm Administração Pública Direta e Indireta e exercitam funções administrativas.

Administração Direta corresponde à atuação direta pelo próprio Estado por suas entidades estatais: União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. A primeira é dotada de soberania, as demais, de autonomia política, administrativa e financeira, como suficientemente resumido.

3 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

A Administração Direta corresponde à atuação direta pelo próprio Estado por suas entidades estatais: União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. A primeira é dotada de soberania, as demais, de autonomia política, administrativa e financeira.

A Administração Indireta é integrada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, criadas ou instituídas a partir de lei específica: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, como também associações e consórcios públicos. Há, ainda, as chamadas entidades privadas que concorrem com o Estado para a realização de atividades de interesse social. São as chamadas *paraestatais*: serviços sociais autônomos, entidades de apoio, organizações sociais e organizações da sociedade civil.

As paraestatais não integram a Administração Indireta, são instituídas por vontade da iniciativa privada e atuam em comunhão com a Administração ou com ela estabelecem alguma espécie de vínculo jurídico (decorrente de autorização legislativa, de contrato ou parceria, como adiante explicitado).

Dá-se o nome de *centralizada* para a atividade exercida diretamente pela entidade estatal; *desconcentrada*, sempre que a competência para o exercício da atividade é repartida, dividida ou espalhada por diversos órgãos (ministérios, secretarias e outros órgãos despersonalizados) que integram a mesma pessoa jurídica; e *descentralizada*, quando a atividade administrativa é deferida a outras entidades dotadas de personalidade jurídica, seja por outorga (lei), seja por delegação (contrato ou ato).

Da *desconcentração* resulta a criação dos *órgãos públicos*, proveniente da aplicação obrigatória do poder (ou princípio) da hierarquia. A função atribuída para a entidade estatal é repartida internamente entre seus órgãos, estabelecendo-se subordinação interna. Da *descentralização* resulta a *atribuição da função para outras entidades ou pessoas jurídicas ou físicas*, sendo informada pelo princípio da *especialização* quando tange à formação da Administração Indireta (*v*. Capítulo IV, item 1).

As pessoas jurídicas instituídas pela vontade do Poder Público, e por isso integrantes da chamada Administração Indireta, possuem características próprias, distintas das pessoas jurídicas criadas por particulares. São elas:

a) a criação somente pode decorrer de lei (CF, art. 37, XIX);

b) sua finalidade não será lucrativa;

c) não se extinguem pela própria vontade (princípio do paralelismo das formas), mas apenas por força de lei (não lhes incidem, exclusivamente, as normas próprias do direito privado);

d) sujeitam-se sempre a controle interno (próprio da hierarquia) e podem ficar sujeitas, na forma e nos limites da lei, à fiscalização ou tutela realizadas pela própria entidade a que se vinculam (ou que as tenham criado);

e) sujeitam-se a controle externo exercido pelo Legislativo, com apoio do Tribunal de Contas, e pelo Judiciário, além da fiscalização desempenhada pelo Ministério Público;

f) permanecem adstritas à finalidade para a qual foram instituídas (princípio da especialidade).

É também da descentralização administrativa que decorre a atribuição da execução de serviços públicos a pessoas jurídicas ou privadas, como se passa no regime das concessões e permissões de serviços públicos.

3.1. DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA

A descentralização política não se confunde com a descentralização administrativa. Há descentralização política sempre que pessoas jurídicas de direito público concorrem com competências políticas, com soberania ou autonomia para legislar e para ditar seus propósitos e seu governo. A repartição de competências no Brasil adota tal modelo, havendo a descentralização política com a Federação e o reconhecimento das autonomias de Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal (art. 1º da CF). A descentralização política é concretizada pela não subordinação daqueles à União, reservando-lhes a Constituição competências próprias.

Nos Estados unitários há concentração de competências ou de poderes a uma só pessoa política (como ocorria no período imperial), podendo ocorrer eventual desconcentração e descentralização meramente administrativas, mas por opção da única pessoa política. É do poder *central* que decorre a atribuição de competências locais ou regionais. Na Federação, porém, a atribuição de competências não é uma opção do legislador, mas do constituinte.

O Brasil, que adota a Federação como forma de Estado, reconhece como entes componentes dela a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Como o Estado brasileiro foi formado pela *segregação* do Estado que antes era unitário (período imperial), o poder que era central, único, foi repartido, dividido ou *descentralizado* para mais de uma pessoa política para ser exercido dentro do mesmo território. Nos Estados Unidos, que instituem o federalismo de forma pioneira, ocorreu fenômeno diverso: a união de Estados antes independentes é que ensejou a formação do Estado e, por isso, o federalismo lá ocorreu por *agregação*.

3.2. ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Pode-se adotar a seguinte designação para a organização administrativa brasileira:

Administração Direta: conjunto de órgãos criados na estrutura de cada uma das pessoas políticas para o exercício das funções ad-

ministrativas e outras atípicas. Assim, corresponde aos órgãos que integram a estrutura da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios (atuação direta, ou desconcentrada, do Poder Público).

Administração Indireta: conjunto de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e criadas para o exercício de funções específicas, como as autarquias, agências, fundações, entidades empresariais (sociedades de economia mista e empresas públicas e suas subsidiárias). Os consórcios públicos, constituídos sob a forma de associações públicas, são também integrantes da Administração Indireta (Lei n. 11.107/2005).

Paraestatais, entes de cooperação: entidades criadas pelo setor privado, com personalidade jurídica de direito privado, mas que mantêm vínculo jurídico com as pessoas políticas, como os serviços sociais autônomos, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, dentre outros. O vínculo pode ser resultante de lei (como no caso dos serviços sociais autônomos — ex.: SESC, SESI, SENAI), de contrato de gestão (como para as organizações sociais) ou de parceria (como no caso das organizações da sociedade civil de interesse público).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a Administração Indireta, conquanto Hely Lopes Meirelles tenha sugerido a inclusão entre as chamadas paraestatais. A obra atualizada do doutrinador já contém a ressalva, não subsistindo a antiga posição (*Direito administrativo brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65-66).

Para que não se incorra em equívoco, já que tanto as empresas públicas e as sociedades de economia mista como as paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas, pois, sob o regime do direito privado, destaque-se que: as entidades empresariais são constituídas por desejo do Estado (a lei apenas autoriza a constituição); as paraestatais, por desejo de particulares (pessoas físicas ou jurídicas); as empresas estatais integram a Administração (administração indireta); as paraestatais atuam ao lado da Administração, ou seja, de forma paralela a esta.

Admite-se a constituição de entidades da Administração Indireta por qualquer dos poderes do Estado, ainda que primariamente a ocorrência seja típica do Poder Executivo. Por isso, nada impede que o Legislativo constitua entidade autárquica ou fundacional, podendo também fazê-lo o Judiciário, mas desde que observada a regra do art. 37, XIX, da Constituição Federal.

Em síntese:

— Administração Direta: Chefia do Poder (por exemplo, a Presidência da República) e seus órgãos auxiliares (por exemplo, os Ministérios), seus órgãos de assessoramento (por exemplo, AGU) e de consulta (por exemplo, Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional). As funções próprias da pessoa política (no caso, a União) é desconcentrada ou repartida internamente entre os órgãos mencionados.

— Administração Indireta: Autarquias, Agências, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, todas dotadas de personalidade jurídica própria, criadas por lei ou a partir de autorização legislativa e resultantes de descentralização administrativa. Ex.: na Administração Federal: IBAMA (autarquia); ANATEL (agência reguladora); Fundação Nacional de Saúde (fundação); Caixa Econômica Federal (empresa pública); Banco do Brasil (sociedade de economia mista). As funções próprias da pessoa política foram, pelas leis que criaram aquelas entidades, *outorgadas* a cada uma das entidades mencionadas, ocorrendo a *descentralização administrativa*.

— Paraestatais — entes de cooperação: Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público etc. Pessoas jurídicas de direito privado, criadas sem fins lucrativos e para o desempenho de funções socialmente relevantes e que estabelecem, cada qual a seu modo, vínculo jurídico com as pessoas políticas, passando a desfrutar de prerrogativas incomuns para as demais pessoas jurídicas de direito privado.

Todas as funções administrativas, exercidas direta ou indiretamente pelo Estado, acham-se gizadas pelos princípios e regras jurídicas que informam o regime jurídico-administrativo. São princípios as normas jurídicas que fundam o sistema, enquanto as regras possuem conteúdo certo, determinado e preciso.

Quadro sinótico – Estado, governo e administração pública

1. Administração	**Conceito**	1. em sentido amplo 2. em sentido objetivo 3. em sentido subjetivo	
	forma de governo = República forma de Estado = Federação sistema de governo = Presidencialista		
2. Organização do Estado brasileiro	**República**	Privilegia a isonomia entre todos e o interesse público	
	Federação	Composta pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Os entes federados detêm autonomia financeira, administrativa e política	
	Presidencialismo	O Presidente da República é o Chefe do Executivo e da Administração Pública	
3. União (CF, art. 21, I a IV)	**Competência material**	— exclusiva (CF, art. 21) — comum (CF, art. 23)	
	Competência Legislativa	privativa	admite delegação, por lei complementar aos Estados/Distrito Federal (CF, art. 22, parágrafo único);
		concorrente	as matérias serão reguladas pela União, Estados e Distrito Federal (p. ex., direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico, orçamento, educação, cultura etc.). A União fixa normas gerais e, na ausência destas, os Estados exercem competência legislativa plena. Havendo conflito entre

3. União (CF, art. 21, I a IV)	Competência Legislativa	concorrente	norma federal posterior e estadual, está terá a sua eficácia suspensa (a lei não é revogada)
4. Estados-Membros: (CF, art. 25, *caput*)	Competência material	— comum (CF, art. 23); — residual (CF, art. 25, § 1º);	
	Competência legislativa	— expressa (CF, art. 25, *caput*); — residual (CF, art. 25, § 1º); — delegada (CF, art. 22, § 1º); — concorrente (CF, art. 24); — suplementar e supletiva (CF, art. 24, §§ 1º a 4º).	
5. Municípios	Competência administrativa	— comum (CF, art. 23); — privativa (CF, art. 30, III a IX).	
	Competência legislativa	— expressa (CF, art. 29); — suplementar (CF, art. 30, I).	
6. Distrito Federal	É regido por lei orgânica. Brasília é a Capital Federal, situada no Distrito Federal. Não admite subdivisão em municípios (CF, art. 32) – *competências próprias dos Estados e dos Municípios*.		
7. Territórios	Não são entes federados. Podem ser constituídos pela União (CF, art. 18, § 2º), integrando sua estrutura administrativa. Se criados, terão natureza das autarquias de regime especial.		
Organização Administrativa	1. Administração Direta – corresponde aos órgãos que integram a estrutura da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios. 2. Administração Indireta – entidades com funções específicas, como autarquias, agências, fundações, entidades empresariais (sociedades de economia mista e empresas públicas e suas subsidiárias) e consórcios públicos (associações públicas). 3. Entes paraestatais ou entes de cooperação – não pertencem à Administração Pública, mas atuam junto a ela, de-		

Organização Administrativa	senvolvendo atividades sociais relevantes. Possuem personalidade de direito privado e não possuem fito de lucro. Ex.: SESI e SENAI.
Descentralização	Atividade administrativa transferida para outro ente, com personalidade própria, criado com esse objetivo, mediante outorga (lei) ou delegação, pela Administração Pública – ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.
Desconcentração	Ocorre dentro da mesma entidade da Administração Pública direta ou indireta. Resultam os órgãos. Fruto do Princípio da Hierarquia – ADMINISTRAÇÃO DIRETA.

Capítulo III
PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1 INTRODUÇÃO

Os princípios básicos da Administração estão previstos na Constituição Federal (art. 37), mas a eles somam-se outros expressos ou implícitos na Carta Magna, e todos de indispensável aplicação, tanto na elaboração como na aplicação das normas legais. Esses princípios correspondem aos *alicerces da ciência* e deles decorre todo o sistema normativo. "Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência" (José Cretella Júnior, *Filosofia do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35). A não observância de qualquer deles compromete a atuação administrativa e pode impor a responsabilização da Administração e do agente público.

Os princípios básicos da Administração, à luz do art. 37 da Constituição Federal, são: *legalidade*, segundo o qual ao administrador somente é dado realizar o quanto previsto na lei; *impessoalidade*, porquanto a atuação deve voltar-se ao atendimento impessoal, geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal; *moralidade*, que encerra a necessidade de toda a atividade administrativa, bem assim de os atos administrativos atenderem a um só tempo à lei, à moral, à equidade, aos deveres de boa administração; *publicidade*, que torna cogente e obrigatória a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos da Administração, seja de forma interna ou externa; e, por fim, *eficiência*, que impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos, ou profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, abolindo-se qualquer forma de atuação amadorística, obrigando também a entidade a organizar-se de modo eficiente.

Previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, como já dissemos, são os princípios aplicáveis aos três Poderes e à Administração Pública Direta e Indireta (desta, a EC n. 19/98 excluiu o termo "fundacional", entendendo-o integrante da Administração Indireta).

Outros princípios assumem a mesma natureza quando consagrados expressamente pela norma legal, como ocorre com a Constituição paulista, que prevê a *razoabilidade,* a *finalidade,* a *motivação* e o *interesse público* como princípios básicos da Administração (CESP, art. 111); com a Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), que prevê os princípios da *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público* e *eficiência* como informadores da atuação da Administração nos processos a que se refere.

Passa-se ao exame detido, porém igualmente objetivo, dos princípios ditos fundamentais para a compreensão do direito administrativo. A síntese antes exposta não é bastante para conhecer-lhes o conteúdo, ainda que minimamente.

1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dentre os princípios da Administração, o da legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essencial ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. Constitui, assim, vetor basilar do dito regime jurídico-administrativo. Daí ser necessário fixar: permite-se a atuação do agente público, ou da Administração, apenas se permitida, concedida ou deferida por norma legal, não se admitindo qualquer atuação que não contenha prévia e expressa permissão legal. Ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador somente o que estiver permitido pela lei (em sentido amplo). Não há liberdade desmedida ou que não esteja expressamente concedida. Toda a atuação administrativa vincula-se a tal princípio, sendo ilegal o ato praticado sem lei anterior que o preveja. Também assim será se a desobediência for em relação a regulamento ou qualquer outro ato normativo. Do princípio da legalidade decorre a proibição de, sem lei ou ato normativo que permita, a Administração vir a, por mera manifestação unilateral de vontade, declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações.

O princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal não somente no seu art. 37, mas também nos arts. 5º, II e XXXV, e 84, IV. Assim, ao dispor que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, o constituinte impediu o administrador de, salvo se permitido por lei, impor qualquer obrigação ou dever aos administrados. Do mesmo modo, nenhuma lesão ou ameaça de lesão, ainda que perpetrada pela Administração, está a salvo de apreciação judicial. Há, porém, restrições previstas na Constituição: medidas provisórias (art. 62), estado de defesa (art. 136) e estado de sítio (arts. 137 a 139). Sem significar exceção ao princípio da legalidade, a Constituição admite a edição de decreto (*v*. Capítulo VIII, item 2.5) que discipline a extinção de funções ou cargos, quando vagos, ou determine a organização e funcionamento da Administração Pública, desde que não aumente despesas nem crie ou extinga órgãos públicos (art. 84, VI, *a* e *b*). Do mesmo modo, admite-se a excepcional atuação administrativa não fundada em lei (em sentido estrito, como ato normativo oriundo do Legislativo) em razão de medida provisória, em face da decretação do estado de sítio ou do estado de defesa. Sem que preexista previsão legal, poderá a Administração atuar, praticando atos jurídicos presumivelmente válidos e eficazes (*v*. princípio da presunção de legalidade), e tal possibilidade será decorrente de atos oriundos do próprio Poder Executivo.

Daí que, considerada a legalidade em sentido estrito (como ato proveniente do Legislativo), conviveria o sistema constitucional com exceções ao princípio da legalidade, mas se tomada a expressão em seu sentido amplo (lei como expressão do direito ou da juridicidade), o sistema constitucional passa a não admitir exceções ao princípio, mas hipóteses de atuação válida não fundada em ato do Legislativo, mas do próprio Executivo.

Não se pode confundir o princípio da legalidade com o da reserva de lei: o primeiro, princípio que significa a submissão ao império da Constituição e das leis; o segundo, limitação à forma de regulamentação de determinadas matérias, cuja natureza é indicada pela Carta Magna (lei complementar, lei ordinária etc.). Ambos tocam ao conteúdo do poder deferido: se amplo (legalidade) ou restrito (reserva). Também não se confundem o da legalidade com o da legitimida-

de. O segundo diz respeito à investidura no poder; o primeiro, à forma de exteriorização, de materialização. A legalidade, como visto, obriga a Administração (seus órgãos, agentes) à atuação vinculada à norma legal (ao que tenha sido positivado), enquanto a legitimidade exige que a função seja exercida em conformidade com valores que transcendem a previsão legal, por exemplo, com o que democraticamente tenha sido estabelecido.

1.2. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O segundo princípio expresso no art. 37, *caput*, da Constituição agasalha três abordagens distintas. Significa tanto a atuação impessoal, genérica, ligada à *finalidade* da atuação administrativa que vise à satisfação do interesse coletivo, sem corresponder ao atendimento do interesse exclusivo do administrado, como também significa a *imputação* da atuação do órgão ou entidade estatal, não o sendo quanto ao agente público, pessoa física, como ainda a isonomia, porque obrigatório o tratamento igualitário de todos os administrados. As três abordagens encontram correspondência com o texto constitucional. A *impessoalidade está relacionada à finalidade*, ao fim estatuído pela lei e cuja perdição significa desvio, invalidando o ato, como também está relacionada à *imputação da atuação administrativa* e à necessidade de observância do princípio de *isonomia*. Tanto assim que a própria Constituição Federal proíbe a utilização da atuação como meio de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, vedando a utilização de nomes, símbolos e imagens (art. 37, § 1º). Em reforço ao segundo entendimento tem-se, ainda, a manutenção dos efeitos de ato administrativo editado por servidor ilegalmente investido no cargo ou função, exatamente porque a atuação não é atribuída a pessoa física, mas a entidade ou órgão, assim como o sistema de imposição da responsabilidade civil do Estado. A impessoalidade de que trata a Carta Magna possui, então, duas consequências: a) obriga ao atendimento do interesse público, sendo impessoal, abstrata, genérica; b) a atividade administrativa é imputada ao órgão ou à entidade, e não ao agente. Note-se que a Constituição do Estado de São Paulo (art. 111) consagra separadamente os dois princípios — *impessoalidade* e *finalidade*. O princípio, por fim, também pode ser tido como indicativo da *imparcialidade*, que

condiciona a atividade administrativa a deferir tratamento igual a todos, independentemente de qualquer interesse político (nesse sentido: Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 59).

A impessoalidade está relacionada: *à finalidade; à imputação (o ato é atribuído à entidade e não ao agente); à isonomia (todos são iguais perante a Administração); à imparcialidade (a todos o mesmo tratamento).*

1.3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O terceiro princípio expresso, o da moralidade, corresponde à proibição de a atuação administrativa distanciar-se da moral, dos princípios éticos, da boa-fé, da lealdade. Já se disse que o conteúdo do princípio seria "o conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração" (Maurice Hauriou), contudo, ante o sistema legal pátrio, significa mais: que a atuação administrativa não pode contrariar, além da lei, a moral, os bons costumes, a honestidade, os deveres de boa administração. Se da atuação do agente público resultar a inobservância de um padrão de moral, ainda que comum e não propriamente administrativa, redundará a edição de ato inválido, porque ilegal. A moralidade, como princípio, é de difícil conceituação e sugere sua dependência do princípio da legalidade. Mas ao expressá-lo o constituinte desejou dar-lhe conteúdo próprio e aplicável à Administração Pública. Diz-se, então, que a moral que guia o princípio não é a moral comum, mas a tirada da conduta interna da Administração. Significa dizer, a moral que se relaciona ao princípio é jurídica, e não subjetiva, ligada a outros princípios da própria Administração e aos princípios gerais de direito. Daí o divórcio possível entre ato legal e imoral, porque violado o princípio da moralidade administrativa (é o que ocorre, por exemplo, com as nomeações para cargos em comissão, com as decisões editadas tão só por critérios de natureza político-partidária etc.). O exemplo dado por Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação popular*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 70-1) é suficiente: determinado prefeito, por ter sido derrotado no pleito eleitoral e às vésperas do encerramento do mandato, congela o imposto territorial urbano com o fito de diminuir as receitas do Município e inviabilizar a sua administração. Ainda que tenha agido conforme a lei, agiu com inobservância da moralidade administrativa.

Por fim, diga-se que a imoralidade administrativa qualificada é a que configura o ato de improbidade administrativa, e não apenas o ato imoral. A probidade administrativa está relacionada ao princípio da moralidade, mas é forma qualificada da não observância desse princípio. Tanto assim que se pune com maior rigor a imoralidade qualificada pela improbidade (CF, art. 37, § 4º). A boa-fé, a lealdade, a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios gerais que ditam o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, e a sua violação pode ser identificada, por exemplo, pela infringência dos requisitos da finalidade, do motivo ou do objeto do ato administrativo.

A moralidade, em síntese, tem o seu conteúdo determinado por valores morais juridicizados, localizados ou recepcionados pelo sistema normativo, como o são os princípios gerais de direito que têm conteúdo moral — boa-fé, imparcialidade, honestidade etc.

A prática de ato administrativo, a celebração de contrato administrativo com prejuízo ou violação da moralidade administrativa não apenas exigirá a invalidação do ato ou contrato como a responsabilização (por improbidade administrativa) do agente público e dos que concorreram ou se beneficiaram, ainda que particulares.

Os atos de improbidade podem acarretar o enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro (particular ou pessoa jurídica, dano ao Erário e ao patrimônio público), ou podem representar a violação de outros princípios. As três modalidades estão previstas na Lei n. 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa.

O controle jurisdicional por violação da moralidade também pode decorrer da promoção de ação popular (Lei n. 4.717/65), ajuizada por qualquer cidadão e com a finalidade de invalidar o ato lesivo ou contrário à moralidade e responsabilizar o agente. A ação popular, que também pode ser movida em razão do ato ou contrato lesivos ao meio ambiente, ao patrimônio público, histórico, artístico e cultural, figura como ação constitucional (CF, art. 5º, LXXIII). A ação movida em razão da prática de atos de improbidade administrativa não se confunde com a ação popular. A primeira, também espécie de ação coletiva ou civil pública, pode ser movida pelo Ministério Público ou pela entidade do Poder Público interessada (a que tenha sofrido a lesão ou a quem o agente esteja vinculado), enquanto a ação popular

somente pode ser movida pelo cidadão. A ação de improbidade pode permitir a aplicação de sanções específicas (CF, art. 37, § 4º, e Lei n. 8.429/92, art. 12, I, II e III), enquanto da ação popular somente pode resultar a anulação do ato ou contrato lesivos e a responsabilização civil dos responsáveis. Ambas, porém, não têm natureza penal e são processadas em primeira instância.

Interessa notar, desde já, que a CF de 1988 consagrou a moralidade administrativa como princípio da Administração Pública e, como todos os demais princípios, seus destinatários não são apenas os agentes públicos, os órgãos e entidades da Administração, mas todos os que, de qualquer modo, se relacionam com o Poder Público ou exercem funções públicas. Daí por que não apenas os agentes públicos, mas também os particulares, podem responder por atos que tenham sido praticados com a violação da moralidade administrativa.

1.4. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O dever de dar publicidade, ou seja, de levar o conhecimento do ato ou da atividade administrativa a terceiros, a fim de facilitar o controle e conferir possibilidade de execução, constitui o quarto vetor da Administração Pública.

A atuação transparente do Poder Público exige a publicação, ainda que meramente interna, de toda forma de manifestação administrativa, constituindo esse princípio requisito de eficácia dos atos administrativos. A publicidade está intimamente relacionada ao controle da Administração, visto que, conhecendo seus atos, contratos, negócios, pode o particular cogitar de impugná-los interna ou externamente.

A publicidade pode ser interna (obrigatória sempre) ou externa (obrigatória para os atos concluídos, fases de procedimentos, atos em formação, atas de julgamento, contratos etc.).

O princípio propicia, ainda, a obtenção de informações, certidões, atestados da Administração, por qualquer interessado, desde que observada a forma legal. O art. 5º, XXXIII, assegura, assim, o direito que todos têm de receber informações dos órgãos públicos, sejam de interesse pessoal, sejam de interesse coletivo e geral. Concorrem, porém, reservas ao princípio quando em jogo estiver a segurança da so-

ciedade e/ou do Estado ou quando o conteúdo da informação for resguardado por sigilo. A Lei n. 11.111/2005 regulamenta o acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo e a possibilidade de restrição em razão da segurança da sociedade e do Estado.

Daí ser correto concluir: a publicidade é obrigatória como meio conferidor de eficácia da atividade administrativa, mas se admite a manutenção do sigilo quando expressamente autorizar a Constituição ou quando concorrer possível prejuízo para a coletividade ou para outrem.

O princípio também diz respeito aos julgamentos realizados por órgãos do Judiciário, admitindo-se que a lei limite, em determinados atos, a presença às próprias partes e a seus advogados, desde que o sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade e sem prejuízo do direito público à informação (CF, art. 93, IX, com a redação dada pela EC n. 45/2004 — Reforma do Judiciário e do Ministério Público).

1.5. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O último princípio expresso no *caput* do art. 37 é o da eficiência, que também abarca dois entendimentos possíveis: tange ao agente público, que não pode atuar amadoristicamente, devendo buscar a consecução do melhor resultado possível, como também diz respeito à forma de organização da Administração Pública, que deve atentar para os padrões modernos de gestão ou administração, vencendo o peso burocrático, atualizando-se e modernizando-se. Com relação à exigência de eficiência, há normas expressas que a consagram no próprio texto constitucional: a avaliação periódica de desempenho a que está submetido o servidor; o estágio probatório; a possibilidade de formalização de contratos de ampliação da autonomia operacional de entidades administrativas (CF, art. 37, § 8º). Há, ainda, normas infraconstitucionais que confirmam o princípio, como a possibilidade de celebração de contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil, dentre outras.

No campo da eficiência incide, por exemplo, o dever de a Administração atuar com economicidade, produtividade, otimizando seus resultados e reduzindo custos operacionais. A omissão injustifica-

da do Poder Público pode significar a violação do princípio da eficiência, como também a demora injustificada da sua atuação. Veja-se, por exemplo: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, como impõe a Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII.

2 REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO — PRINCÍPIOS

Como referido, os princípios constituem a pedra de toque de todo o sistema normativo; a partir deles constituem-se as normas; correspondem, assim, a juízos abstratos e que dependem, para aplicação, da correspondente adequação com a norma escrita. A Constituição Federal estabelece os princípios básicos no capítulo próprio da Administração, mas há outros tantos que informam todo o direito administrativo e que constituem o chamado regime jurídico-administrativo (*v*. Capítulo I, item 6). Sem esgotar o rol, examinam-se alguns dos princípios de relevo e de importância prática.

2.1. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

No confronto entre o interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o segundo. Tal não significa o esquecimento do interesse e direito do particular, mas garante a prevalência do interesse público, no qual se concentra o interesse da coletividade, como ocorre nas hipóteses em que a Administração reconhece de utilidade pública um bem imóvel e declara a sua expropriação. O direito de propriedade deferido constitucionalmente ao particular cede lugar ao interesse da coletividade.

Haverá sempre limites a tal supremacia; o Poder Público não está desobrigado de respeitar os direitos individuais — muito ao contrário, tampouco pode, como visto, deixar de atender ao comando da lei (princípio da legalidade). É da supremacia do interesse público que decorre o deferimento de prerrogativas para o Poder Público ou para as entidades que integram a Administração Pública a fim de que exerçam suas funções. Os poderes administrativos são expressões decorrentes desses princípios e por eles o Estado-Administração impõe ao

particular a sua vontade, que há de ser adstrita à lei e aos demais princípios e regras jurídicas.

2.2. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

Não é deferida liberdade ao administrador para concretizar transações de qualquer natureza sem prévia e correspondente norma legal. Os bens, direitos e interesses públicos são confiados a ele apenas para a sua gestão, nunca para a sua disposição. O poder de disposição, seja para aliená-los, renunciá-los ou transacioná-los, dependerá sempre de lei. Não há poder de transigir sem lei anterior que o permita (STF, *RDA*, 128/178). Assim, seja para alienar bens, contratar pessoal ou realizar procedimento licitatório, sempre estará o administrador condicionado aos limites de seus poderes (e deveres) de mera gestão.

O princípio é próximo e se confunde em parte com o da legalidade, muito embora este lhe seja superior e antecedente necessário.

O exercício da atividade administrativa traduz-se em deveres para o agente público e para a própria Administração Pública: *deveres de guarda, aprimoramento, conservação do interesse público*. Assim, ao contrário do que ocorre usualmente na gestão da atividade privada, para a Administração e seus agentes não há qualquer liberdade de disposição ou renúncia, mas sim indisponibilidade. A atividade confiada à Administração e seus agentes possui natureza meramente instrumental, constituindo um múnus público, encargo, ou dever.

2.3. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

A atividade administrativa, em especial os serviços públicos, não pode sofrer paralisações. Administrar corresponde a gerir os interesses da coletividade, a coisa pública em sentido amplo, visando sempre o atendimento das necessidades públicas. Por isso, diz-se ser a atividade administrativa ininterrupta. Por conta desse princípio há ressalvas e exceções ao direito de greve a todos deferido. Em se tratando de agentes públicos, contudo, determinadas funções não podem sofrer paralisação em nenhuma hipótese, nem mesmo para o exercício daquele direito constitucional (art. 37, VII, da CF). Há proibição ao exercício da greve por militares (art. 142, § 3º, IV, da CF), e para os

demais tal exercício depende de regulamentação legal (*v.* Lei n. 7.783, de 28-6-1989, que regula os chamados serviços essenciais prestados pelo setor privado). Serviços essenciais não admitem paralisação, como os de segurança pública, transporte público, saúde etc. Também por força desse princípio, ao menos em tese, não pode o contrato administrativo deixar de ser cumprido pelo contratado, ainda que a Administração — contratante — tenha deixado de satisfazer suas obrigações contratuais. Não é aplicável aos contratos administrativos, via de regra, a chamada exceção de contrato não cumprido (CC, art. 476), ou *exceptio non adimpleti contractus*, assim como, por força desse princípio, admite-se a encampação da concessão de serviço público, além da extinção do contrato de concessão por força da caducidade.

2.4. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

Deve a Administração rever os seus próprios atos, seja para revogá-los (quando inconvenientes), seja para anulá-los (quando ilegais). "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados dos vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula 473 do STF). Anula-se o ato ilegal; revoga-se o ato inconveniente ou inoportuno.

A possibilidade de revisão interna dos atos administrativos não pode conduzir a abusos, desrespeito de direitos. Cessa a possibilidade de revisão, por conveniência e oportunidade, sempre que o ato produzir efeitos e gerar direitos a outrem. "O ato administrativo conta com a retratabilidade que poderá ser exercida enquanto dito ato não gerar direitos a outrem; ocorrendo lesão a existência de direitos, tais atos são atingidos pela preclusão administrativa, tornando-se irretratáveis por parte da própria Administração. É que exercitando o poder de revisão de seus atos, a Administração tem que se ater aos limites assinalados na lei, sob pena de ferir direito líquido e certo do particular, o que configura ilegalidade ou abuso de poder" (STJ, *RSTJ*, *17*:195). Também não é admissível a revogação de ato vinculado, ou de ato cuja edição tenha sido imposta por lei, ou se já exaurida a competência do agente público.

O princípio da autotutela não se confunde com o da tutela, que alude à fiscalização realizada pela Administração Direta sobre atos e atividades desempenhados por entidades da Administração Indireta. A tutela (sujeição ou controle exercido por outra pessoa) é realizada na forma e nos limites da lei (de legalidade e de legitimidade, na forma da lei). A autotutela, como visto, é realizada internamente, no âmbito da própria pessoa jurídica, e decorre da hierarquia obrigatoriamente estabelecida.

2.5. ESPECIALIDADE

Por conta desse princípio, as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas. Sempre atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social. Não se admite, então, que uma autarquia criada para o fomento do turismo possa vir a atuar, na prática, na área da saúde, ou em qualquer outra diversa daquela legal e estatutariamente fixada. A alteração do objeto somente é admissível se observada a forma pela qual foi constituída a entidade. O princípio é localizável no art. 37, XIX e XX, da Constituição, o primeiro condicionando à existência de lei a criação de autarquia e a autorização para a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, "definir as áreas de sua atuação", e o segundo também condicionando à existência de lei a criação de subsidiárias das entidades referidas. Com isso, tem-se a necessidade de expressa e prévia previsão legislativa para a criação de entidades que integram a Administração Indireta. As autarquias são criadas por lei; as empresas públicas e sociedades de economia mista têm a criação apenas autorizada por lei e, por fim, depende de lei complementar a criação das fundações. Assim, pessoas jurídicas de direito público (como as autarquias) são criadas diretamente pelo legislador, enquanto pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo), cabe ao legislador apenas autorizar a sua constituição. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) também condiciona o exercício da atividade comercial pela sociedade de economia mista aos moldes da autorização deferida por lei, o que significa limitação aos poderes da assembleia geral de acionistas.

Os princípios da autotutela e da especialidade não se confundem com o *princípio do controle ou tutela*, que indica a necessidade de a Administração manter sob fiscalização as entidades a ela vinculadas (autarquias, fundações, agências, empresas estatais), e cujo exercício é fixado na lei que cria ou autoriza a constituição de tais entidades.

2.6. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE, DE LEGALIDADE, DE VERACIDADE

Para concretizar o interesse público que norteia a atuação da Administração, suas decisões são dotadas do atributo da presunção de *legitimidade* e de *legalidade*, tornando-as presumivelmente *verdadeiras quanto aos fatos* e adequadas quanto à legalidade. Tal atributo permite a execução direta, pela própria Administração, do conteúdo do ato ou decisão administrativa, mesmo que não conte com a concordância do particular, e ainda que se lhe imponha uma obrigação.

2.7. RAZOABILIDADE

Por ele sabe-se que o administrador não pode atuar segundo seus valores pessoais, optando por adotar providências conforme o seu exclusivo entendimento, devendo considerar valores ordinários, comuns a toda coletividade. O princípio é imanente ao sistema jurídico, decorrente lógico da cláusula do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e dele resulta a necessidade de observância do valor justiça, valor máximo tutelado pela ordem jurídica. Assim, ao administrador não é dado interpretar ou aplicar a lei que autoriza a sua atuação segundo seus valores pessoais, mas a partir da perspectiva do resultado que corresponda à concretização da justiça. O princípio não é decorrente da racionalidade, mas da razoabilidade, e atua como limitação ao exercício do Poder.

O princípio da razoabilidade tem enorme importância jurídica, incidindo em todas as formas de atuação da Administração Pública, mas sobretudo nas atividades realizadas sob o fundamento da discricionariedade. Dele resulta a necessidade de existir congruência lógica entre as situações fáticas e as decisões administrativas, como sugere Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 47). Em síntese, a razoabilidade exige que o administrador opte sempre pela

forma mais adequada para o atendimento do interesse público, agindo a partir de critérios objetivos e impessoais. A Constituição do Estado de São Paulo inscreve o princípio da razoabilidade como um dos regentes da Administração Pública Estadual (CESP, art. 111). Para a Administração Federal, o princípio está previsto na Lei n. 9.784/99 (que regula o processo administrativo) e já houve proposta de emenda constitucional (PEC 55/99) para inscrevê-lo no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, como princípio expresso ao lado dos demais já previstos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

2.8. PROPORCIONALIDADE

O princípio obriga a permanente adequação entre os meios e os fins, banindo-se medidas abusivas ou de qualquer modo com intensidade superior ao estritamente necessário. O publicista Juarez Freitas conclui: "O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos" (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 57).

A Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, expressamente adota o princípio em seu art. 2º, parágrafo único, VI. Assim como o princípio da razoabilidade, o da proporcionalidade interessa em muito nas hipóteses de atuação administrativa interventora na propriedade, no exercício do poder de polícia e na imposição de sanções.

2.9. MOTIVAÇÃO

A indicação dos pressupostos de fato e dos pressupostos de direito, a compatibilidade entre ambos e a correção da medida encetada compõem obrigatoriedades decorrentes do princípio. O detalhamento, ou justificativa, será maior ou menor conforme o ato seja vinculado ou discricionário. A motivação mostra-se imprescindível para a efetivação de eficaz controle sobre a atuação administrativa. O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello associa o princípio ao dever de a Administração justificar seus atos, devendo ser "prévia ou contemporânea à expedição do ato" (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 83). A necessidade de motivação é também aplicável às decisões administra-

tivas dos Tribunais, cujos julgamentos devem ser realizados publicamente (CF, art. 93, IX e X, com a redação dada pela EC n. 45/2004 — Reforma do Judiciário e do Ministério Público).

2.10. SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio também pode ser nominado como o *da estabilidade das relações jurídicas*, e tem em mira garantir certa perpetuidade nas relações jurídicas estabelecidas com ou pela Administração. Ao administrador não é dado, sem causa legal que justifique, invalidar atos administrativos, desfazendo relações ou situações jurídicas. Quando possível, porque legal e moralmente aceitos, deve convalidar atos que, a despeito de irregularidades, cumpram ou atinjam a finalidade pública.

Por vezes, o vício do ato é marcado por mera irregularidade formal, e a invalidação poderá ser mais prejudicial do que o aproveitamento de seus efeitos jurídicos, podendo o administrador proceder à convalidação (ou sanatória) daquele ato.

É crescente o reconhecimento de outros princípios incidentes na regência do direito administrativo. Como, por exemplo, o da legitimidade (a atuação estatal há de conservar respeito aos valores acolhidos pela comunidade, já que ela define o interesse público) e o da economicidade (como decorrente do princípio da eficiência e porque fixado no art. 70 da CF), além de outros (como o da transparência, o da responsividade e o da hierarquia).

3 VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A violação de qualquer dos princípios da Administração ou do direito administrativo, assim como de suas regras, pode inibir a edição de ato, contrato ou instrumento administrativo válido e capaz de produzir efeitos jurídicos. A violação, isolada ou conjuntamente, sugere sempre o exercício do controle dos atos da Administração, seja por meio de mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, seja mesmo pela aplicação dos princípios da autotutela e da tutela.

Há, contudo, situações que importam maior gravidade, ensejando, a partir da violação do princípio, a aplicação de sanções civis, penais e administrativas, conforme a hipótese. Assim, e. g., pode haver a

violação isolada ou concomitante de um ou mais princípios, importando a apuração de toda sorte de responsabilidade do agente público e do particular eventualmente beneficiado pelo ato ilegal. Tome-se, por exemplo, a contratação com fraude ao procedimento licitatório e consequente favorecimento do contratado: houve violação do princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, podendo ter ocorrido, ainda, a violação do princípio da eficiência. Tal contratação poderá ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, apurando-se a prática do ato de improbidade administrativa por meio de ação civil pública. Mas a mesma contratação tanto poderá ensejar a impetração de mandado de segurança pelo titular do direito de participar de certame licitatório válido quanto o ajuizamento pelo cidadão de ação popular ante o prejuízo causado ao patrimônio público.

Admite-se a convalidação, seja por meio de ratificação, seja mediante confirmação, de atos administrativos editados com preterição dos princípios, em especial quando deles não decorrer prejuízo material para os administrados e para a Administração Pública. Os atos praticados com vício de forma, porque não observada regra de competência, ou com preterição da forma exigida em lei, podem e devem ensejar a convalidação. Assim agindo, a Administração estará saneando o ato e homenageando o princípio da legalidade. Não será admitida, porém, para atos editados com preterição dos motivos, do conteúdo ou da finalidade, porquanto deles sempre será resultante grave prejuízo. Ainda que possível a convalidação do ato, será sempre possível a responsabilização do agente, ainda que sob o prisma exclusivo da própria Administração.

A atuação administrativa desconforme, ou contrária aos princípios enunciados, acarreta, por isso, ao ato a invalidade dos efeitos almejados pelo agente ou pela Administração. Assim, perpetrado ato com preterição da *especialidade*, ou paralisado o contrato com inobservância do princípio da *continuidade*, decorrerá a edição de ato nulo, sujeitando seus responsáveis à apuração do prejuízo a que tiverem dado causa. Tome-se como exemplo a assembleia geral de acionistas que delibera alterar o objeto social de uma sociedade de economia mista, fazendo-o contra a disposição do art. 37, XIX, da Constituição Federal e de forma contrária ao princípio da especialidade. Os atos

subsequentes à ilegal modificação não deverão produzir efeitos válidos. O mesmo se processará em relação aos demais princípios. Sendo a violação qualificada, poderá ocorrer a prática de ato de improbidade administrativa, na figura descrita pelo art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Quadro sinótico – Princípios de direito administrativo

1. Princípios básicos:	— estão previstos na CF, art. 37. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.	
	— a não observância acarreta: 1. atuação administrativa ilegal; 2. responsabilização da Administração do agente e de terceiros.	
	Conceito	— são os alicerces da ciência e deles decorre todo o sistema normativo. — são aplicáveis aos três Poderes e a toda Administração Pública, direta e indireta. 1. Legalidade — (CF, arts. 37 e 5º, II e XXXIV, e 84, IV) 2. Impessoalidade 3. Moralidade Administrativa 4. Publicidade 5. Eficiência
2. Regime Jurídico-Administrativo	Princípios	1. Supremacia do Interesse Público 2. Princípio da Indisponibilidade 3. Princípio da Continuidade 4. Princípio da Autotutela 5. Especialidade 6. Presunção de Legitimidade, de Legalidade, de Veracidade 7. Razoabilidade 8. Proporcionalidade 9. Motivação 10. Segurança Jurídica

3. Violação dos Princípios	— O ato ou contrato serão ilegais e passíveis de correção pela própria Administração (autotutela ou tutela) ou pelo Judiciário (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc.).

Capítulo IV
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA — ÓRGÃOS, CARGOS E AGENTES PÚBLICOS

1 DESCONCENTRAÇÃO

A atividade administrativa pode ser exercida diretamente pela entidade estatal, por outras pessoas jurídicas a ela vinculadas (descentralização) ou por escalões diferentes e que compõem a estrutura administrativa da mesma entidade (desconcentração). A diversidade e multiplicidade de funções exigem uma ou outra solução. Há impossibilidade de concentração em um só centro de competência de todas as tarefas deferidas a determinada entidade estatal. Assim, ante o gigantismo de suas atribuições, pode distribuir a outros órgãos da sua própria estrutura atribuições inicialmente acometidas apenas à chefia, ocorrendo a desconcentração, que exige a manutenção de vínculo hierárquico e funcional, diferentemente do que ocorre com a descentralização (por outorga ou delegação, conforme decorre de lei ou contrato). A desconcentração é, assim, forma de repartição interna da competência atribuída à entidade estatal e dela decorre a criação de órgãos públicos. A desconcentração ocorre na Administração Direta e na organização administrativa de toda entidade componente da Administração Indireta (*v*. Capítulo II, item 2).

2 ÓRGÃOS PÚBLICOS

É impossível a realização das atividades administrativas por um só centro de poder; a multiplicidade exige a desconcentração. *Órgãos públicos são, pois, centros de competência, ou unidades de atuação, pertencentes a uma entidade estatal, dotados de atribuições próprias, porém não dotados de personalidade jurídica própria*. O art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.784/99 define órgão como "a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta".

Assim como o é para a anatomia (cada órgão do corpo humano possui funções específicas), os órgãos públicos integram a estrutura da pessoa jurídica e possuem funções próprias. O exercício privativo de determinadas funções pelo órgão corresponde a sua *competência* (definição de atribuições e seus limites). Por não serem dotados de personalidade jurídica (integram a pessoa jurídica), atuam em nome daquela a que se vinculam, não sendo sujeitos de obrigações e de direitos. Dessa forma, a Secretaria de Estado da Saúde (órgão) atua em nome do Estado (pessoa jurídica de direito público); o Ministério da Justiça (órgão) atua em nome da União (pessoa jurídica de direito público).

A não titularidade de direitos e de obrigações ou a não personalização do órgão leva à inviabilidade de este responder, em juízo, por atos de seus agentes — responderá a pessoa jurídica a que pertencem. Há exceções que tocam à defesa de suas prerrogativas funcionais e à defesa de interesses difusos e coletivos (*RT*, 727/81 e Lei n. 7.347/85). Nessas hipóteses excepcionais a lei atribui aos órgãos personalidade judiciária ou capacidade processual, a despeito de, como visto, não possuírem personalidade jurídica.

Na estrutura dos órgãos é que se situam os cargos públicos (apenas um ou mais de um) e neles a pessoa física poderá ser investida. Os atos jurídicos (administrativos ou não) praticados pela pessoa física, porém, são atribuídos ou imputados (princípio da impessoalidade) à pessoa jurídica (entidade estatal ou da Administração).

Três teorias doutrinárias foram concebidas para explicar como a atuação da pessoa física pode ser atribuída ao Estado (pessoa jurídica): *teoria do mandato, da representação* e *do órgão*.

Para a *teoria do mandato*, com inspiração no direito civil, a relação seria de mandato e o agente nessa condição atuaria exercendo parcela do poder estatal.

Na *teoria da representação*, também de cunho civil, o agente representa a pessoa jurídica de direito público, atuando em seu nome. As duas teorias mereceram fundadas críticas, revelando a inadequação. Primeiro, não há outorga de mandato pelo Estado ao agente. Segundo, o instituto da representação é próprio para os que não detêm capacidade plena, pressupondo tutela ou curatela.

A *teoria do órgão*, assim, foi a que melhor equacionou o debate por considerar o órgão como uma unidade do Estado, sendo dele inseparável e por congregar as funções e os agentes. O órgão nasce no instante mesmo de constituição da pessoa jurídica, que, por meio dele, atua. Deve-se a Otto Gierke (Berlim, 1857) a estruturação dessa teoria.

A evolução doutrinária registra, ainda, outras três teorias a respeito da existência de órgãos públicos: *teoria subjetiva, objetiva* e *mista* (esta última chamada também de *técnica* ou *eclética*). Para a *teoria subjetiva*, os órgãos se identificam com seus agentes, que expressam a vontade do Estado; para a *teoria objetiva*, eles correspondem a um complexo de funções e poderes, abstraída a pessoa física exercente da função; para a última (*mista, técnica* ou *eclética*) há a composição dos dois elementos (agente e poderes), exprimindo a vontade do Estado. As críticas a essas teorias são as mais variadas: a ideia de um órgão personificado ao agente não convence, visto que o desligamento da pessoa física levaria à extinção do órgão, assim como a função não corresponde apenas ao cargo ou às funções públicas, que não possuem vontade própria e justificariam a atuação da pessoa jurídica de direito público.

Todas as teorias apontadas foram edificadas para explicar como a vontade do Estado pode ser a ele imputada em decorrência da atuação do homem (agente público), e a *teoria do órgão* foi mais significativa e científica do que as demais: "Pela teoria do órgão, nascida na Alemanha, a pessoa jurídica opera por si mesma. O órgão é parte dela, não ente autônomo, distinto. Ao passo que a representação pressupõe sempre a pessoa representada, no órgão tal não se dá, visto que o órgão aparece no momento preciso em que se constitui a pessoa jurídica" (José Cretella Júnior, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Forense, 1999, p. 61).

Órgãos são, assim, meros instrumentos da atuação estatal, e a relação que mantêm com a entidade é de *imputação* e não de representação. A atuação do órgão, por seus agentes, é imputada à pessoa jurídica.

2.1. CLASSIFICAÇÃO

Os órgãos públicos podem ser classificados *segundo a posição que ocupam na escala hierárquica*; *quanto à sua composição* e *quanto à sua atuação funcional* (dentre outras classificações).

Quanto à posição hierárquica, podem ser *independentes, autônomos, superiores* e *subalternos:*

a) Os *independentes* têm origem na Constituição e representam os Poderes do Estado, sem qualquer subordinação (CF, art. 2º). Exemplos: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário (ou a Presidência da República, o Congresso Nacional — Câmara dos Deputados e Senado Federal —, o STF, no âmbito federal; o Governo do Estado, a Assembleia Legislativa e o Tribunal de Justiça no âmbito estadual; a Prefeitura Municipal, a Câmara de Vereadores, no âmbito municipal). Por força da EC n. 45/2004, art. 5º, o Estado brasileiro passou a contemplar outros órgãos independentes, como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público.

b) Os *autônomos*, subordinados aos independentes e localizados na cúpula da Administração, possuem autonomia administrativa e financeira (os ministérios, as secretarias estaduais e municipais).

c) Os *superiores* são órgãos de direção desvestidos de autonomia e voltados a funções técnicas e de planejamento (os gabinetes, as coordenadorias, as divisões).

d) Os *subalternos* são desvestidos de autonomia e resumidos à execução de atribuições confiadas por outros órgãos (seções, portarias, serviços).

Quanto à composição, são *simples* e *compostos*, conforme reúnam um único centro de competência ou mais de um (um único órgão ou mais de um órgão, e não agentes):

a) *Simples* — os dotados de um único centro (a seção administrativa, por exemplo).

b) *Compostos* — caracterizados pela reunião de mais de um órgão (as secretarias estaduais, por exemplo).

Quanto à atuação funcional, são *singulares* e *colegiados*, conforme decidam pela vontade de um único agente (titular) ou pela conjugação de vontade de seus integrantes (membros). *Deliberação é o designativo correto para as decisões colegiadas*. Exemplos: *singulares* — a Presidência da República, a Governadoria e a Prefeitura; *compostos* — o Conselho da República, a Assembleia Legislativa e o Congresso Nacional.

3 FUNÇÃO PÚBLICA

Pode ser entendida como atribuição, encargo ou competência para o exercício de determinada função, assim também como o fim a que se destina o exercício da atividade. O exercício da função não é desimpedido, livre, mas vinculado ao atendimento do interesse público, da coletividade (interesse público primário) ou da Administração (interesse público secundário). Os limites da função encerram a noção de competência. *Dá-se, pois, o nome de competência aos limites impostos ao exercício da função*. O *emprego público* corresponde à possibilidade de exercício da função pública por contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (sociedade de economia mista, empresa pública e mesmo a Administração Direta, quando não adotado o regime estatutário).

4 CARGO PÚBLICO

Pode ser entendido como a unidade de atribuições e responsabilidades cometidas a um agente público. É identificável na Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes. É criado por ato normativo (lei ou resolução, quando tange à organização do Legislativo), com denominação própria e inconfundível com relação a outro, para ser titularizado por um único agente. Órgão, cargo e função não se confundem.

Pode ser de natureza técnica ou científica (cargo técnico) se exigir conhecimentos técnicos ou profissionais para o exercício das funções que lhe sejam próprias, admitindo que o seu ocupante possa, eventualmente, cumular com outro (CF, art. 37, XVI, *b*). Pode ser, desde que assim constituído, de provimento em comissão (cargo em comissão), declarado em lei de livre provimento, como pode ser afetado a uma chefia, que deve ser provido por concurso público. Acerca do acesso aos cargos públicos e do regime aplicável aos servidores.

Órgão corresponde a centro de competência despersonalizado e integrante da estrutura administrativa; *cargo*, ao lugar titularizado pelo agente público; e a *função*, aos encargos ou atribuições. Não há cargo sem função; há função sem cargo. As funções transitórias, ou provisó-

rias, cometidas a servidores temporários (CF, art. 37, IX), não se vinculam a qualquer cargo. Mas as funções que decorrem de cargo público são sempre *permanentes.* Os cargos públicos devem ser organizados em *classes e carreiras que compõem o quadro*.

Classe corresponde à junção de cargos de idêntica natureza, com competência, responsabilidade e vencimentos idênticos.

A *carreira* corresponde à organização dos cargos, sendo obrigatória a sua existência na Administração direta e indireta, sugerindo vinculação hierárquica entre uns e outros e formas isonômicas de acesso, por promoção, remoção, permuta etc.

Quadro corresponde ao conjunto de cargos e funções e tanto pode ser permanente como provisório. O ocupante de cargo de uma carreira, porém, não pode ser transposto para outra carreira, ainda que ambas integrem o mesmo *quadro* de pessoal.

Os cargos, como já dissemos, devem ser criados *por lei* ou *por resolução* (Poder Legislativo), e somente deveriam ser extintos ou transformados por ato da mesma natureza (princípio do paralelismo das formas). No entanto, os cargos componentes da estrutura do Executivo podem ser extintos, quando vagos, por decreto do chefe do Poder (CF, art. 84, VI, *b*, com redação dada pela EC n. 32/2001). Podem ser *efetivos,* em *comissão*, ou *vitalícios*, conforme o modo de provimento ou investidura do agente. No Poder Executivo, sempre são criados por lei (CF, art. 48, X), sendo esta de iniciativa do chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, *a*). Os cargos no Poder Legislativo dependem de ato normativo interno (*resolução*), com conteúdo e forma de lei (CF, art. 51, IV). Para o Poder Judiciário há necessidade de lei de iniciativa da chefia desse Poder (CF, art. 96, I, *b*), sendo aplicável idêntica regra aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Estados. Os cargos vitalícios (juiz, promotor, conselheiro do Tribunal de Contas) são institucionalizados pela Constituição da República; os demais, por lei.

5 AGENTES PÚBLICOS

O exercício da função pública, que é cometida ao órgão ou à própria entidade, é realizado por pessoas físicas: agentes públicos. As-

sim, *considera-se agente público toda pessoa física vinculada, definitiva ou transitoriamente, ao exercício de função pública*. Podem ser eles titulares de *cargo* (lugar a ser ocupado por pessoa física e integrante do órgão) ou apenas exercentes da função (função-atividade). A expressão "agentes públicos" substitui a antiga denominação "funcionários públicos".

Os agentes públicos, segundo tradicional classificação, podem ser: *políticos, administrativos, honoríficos, delegados* e *credenciados.*

Políticos são titulares de cargo localizados na cúpula governamental, investidos por eleição, nomeação ou designação, para o exercício de funções descritas na Constituição. São políticos eleitos pelo voto popular, ministros de Estado, juízes e promotores de justiça, membros dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos.

Os membros do Ministério Público (Procuradores da República, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça) podem ser considerados agentes políticos em face do regime jurídico a que estão submetidos, gozando de vitaliciedade, e sendo detentores de parcela do "poder" estatal. Têm suas atribuições definidas na Constituição Federal e são imprescindíveis à manutenção da ordem jurídica, do regime democrático e para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Administrativos são os vinculados à Administração por relações de emprego, profissionais, normalmente nomeados ou contratados, não exercendo atividades políticas ou governamentais. Têm como espécies os servidores públicos (antigos funcionários públicos) concursados; os exercentes de cargo ou emprego em comissão e os servidores temporários. Nessa categoria, em sentido amplo, também se enquadram os empregados públicos, sujeitos ao regime jurídico estabelecido a partir da Consolidação das Leis do Trabalho.

Honoríficos são os exercentes de função pública de forma transitória, convocados, designados ou nomeados para cumprir objetivos cívicos, culturais, educacionais, recreativos ou de assistência social, como o mesário eleitoral ou membro do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri — jurado.

Delegados são os destinatários de função específica, realizando-a em nome próprio, tal como ocorre com os serventuários da Justiça em serventias (cartórios) extrajudiciais (registro civil das pessoas naturais, por exemplo).

Credenciados são os que recebem poderes de representação do ente estatal para atos determinados, como ocorre nas transações internacionais.

Podem também ser classificados como: a) agentes políticos; b) servidores estatais; e c) particulares em colaboração com o Poder Público (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 221).

Os agentes públicos ocupam cargos que integram os órgãos, que, por sua vez, integram a entidade estatal, na qual desempenham funções públicas. As funções têm a natureza de encargo (múnus público) e sempre se destinam a satisfazer as necessidades da coletividade.

O estudo do regime jurídico aplicável aos agentes públicos será desenvolvido adiante (Capítulo X).

Quadro sinótico – Organização administrativa – órgãos, cargos e agentes públicos

1. Desconcentração	— é forma de repartição interna da competência atribuída à entidade estatal e dela decorre a criação de órgãos públicos.		
2. Órgãos Públicos	— corresponde a centro de competência despersonalizado e integrante da estrutura administrativa.		
	Classificação	**posição hierárquica** – podem ser:	1. independentes 2. autônomos 3. superiores 4. subalternos
		composição – podem ser:	1. simples 2. compostos
		atuação funcional – podem ser:	1. singulares 2. colegiados
3. Função Pública	— é a atribuição, encargo ou competência para o exercício de determinada atividade. Implica, também, na finalidade desta atividade. Os limites da função encerram a noção de competência. Competência são os limites impostos ao exercício da função.		

4. Cargo	— corresponde ao lugar titularizado pelo agente público. — organização em **classes** e **carreiras** que compõem o quadro.	
	Classe	— é a junção de cargos de idêntica natureza, com competência, responsabilidade e vencimentos idênticos.
	Carreira	— é a reunião dos cargos.
5. Função	— corresponde aos encargos ou atribuições.	
6. Agentes Públicos	1. políticos 2. administrativos 3. honoríficos 4. delegados 5. credenciados	

Capítulo V
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

1 INTRODUÇÃO

Como visto, a atuação da Administração Pública tanto decorre dos órgãos públicos que integram a estrutura das pessoas políticas — Administração Direta — como também por meio das entidades que, por previsão legal, as pessoas políticas venham criar. Por descentralização administrativa, as pessoas políticas (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) criam suas entidades vocacionadas à execução de serviços públicos ou atividades administrativas específicas. São entidades dotadas de autonomia administrativa, com personalidade jurídica própria e, como visto anteriormente, criadas por aplicação do princípio da especialidade. Integram a Administração Indireta: as autarquias e suas espécies (como as agências reguladoras), as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

2 AUTARQUIAS

As autarquias possuem natureza administrativa e *personalidade jurídica de direito público*, para elas convergindo a execução de atividades antes desenvolvidas pela entidade estatal que as criou. Podem ser classificadas *segundo o ente instituidor* (federais, distritais, estaduais e municipais); *segundo a atividade que desempenhem* (assistenciais, industriais, econômicas, previdenciárias, corporativas ou profissionais); *segundo a estrutura que possuam* (fundacionais e corporativas) *e segundo a capacidade administrativa que possuam* (territorial ou geográfica e de serviços ou institucional). Sobre classificações de autarquias, *v.* José Cretella Júnior, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 127-148; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 7. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 360; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 362-363, dentre outros doutrinadores.

Peculiaridades:

Criação, organização e extinção: São criadas por lei específica (CF, art. 37, XIX), de iniciativa do chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1º), e sua organização é imposta por decreto, regulamento ou estatuto. A extinção também depende de expressa previsão legal (princípio do paralelismo — criadas e extintas por lei específica). Como pensamos, não há necessidade de lei "exclusiva", mas de regra específica em lei que disponha sobre a criação ou extinção da entidade autárquica.

Atributos: Porque detêm personalidade jurídica própria, atuam em nome próprio e contraem obrigações. Exercem funções administrativas, por vezes poderes (deveres) administrativos (como o poder de polícia), e podem arrecadar tributos (taxas). São pessoas jurídicas que atuam em regime jurídico em muito assemelhado ao das pessoas políticas, porém não detêm capacidade de auto-organização (como visto, a organização é imposta por ato da Administração Direta e a criação depende da atuação do Legislativo) e é certo afirmar que possuem apenas capacidade de administração ou de autoadministração.

Patrimônio — formação e natureza jurídica: São dotadas de patrimônio próprio constituído a partir da transferência (por termo ou escritura pública) de bens móveis e imóveis da entidade estatal a que se vinculam. O patrimônio é considerado público, sendo impenhorável e imprescritível, admitindo a tutela por atuação do Ministério Público (CF, art. 129, III), sendo seus atos sujeitos a exame pelo Tribunal de Contas (CF, art. 71, II). A transferência de bens imóveis depende do registro na circunscrição imobiliária em que estiver matriculado o imóvel e não estão eles sujeitos a usucapião (CF, arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único). O regime jurídico é idêntico ao aplicável aos "bens públicos" (*v*. Capítulo XI).

Dirigentes: A investidura dos seus dirigentes é fixada na lei de criação e, na sua falta, na forma disposta por seu estatuto ou regulamento. A lei pode admitir a participação do Legislativo no processo de escolha (CF, art. 52, III, *f*), mas não pode transferir integralmente a outro Poder o ato de escolha, nomeação ou investidura dos dirigentes da entidade autárquica. É possível que a escolha dependa da aprovação do Legislativo (por exemplo, do Senado Federal, da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal), mas a lei não pode atribuir a livre

escolha ao Legislativo quando a autarquia mantém vínculo com o Executivo. A propósito, STF, ADIn 1.281/PA. Se a lei atribuir mandato aos dirigentes (como ocorre no regime das agências), não há possibilidade de exoneração ou demissão *ad nutum*, mas pode ocorrer a motivada demissão (antecedida de regular processo administrativo).

Pessoal, cargos e empregos públicos: Nelas, apenas por lei podem ser criados cargos e seus servidores somente por concurso público serão admitidos (servidores públicos civis), em tudo se igualando a agentes públicos (CP, art. 327, e Lei n. 8.429/92), inclusive para os ocupantes de emprego público (CLT). A admissão sem concurso só se admite em hipóteses excepcionais (CF, art. 37, IX) ou para o preenchimento de cargos públicos declarados em lei de livre provimento (CF, art. 37, V). O regime tanto pode ser o estatutário ou o disposto pela *Consolidação das Leis do Trabalho* e, nesse caso, aplicável aos ocupantes de emprego público. Os litígios envolvendo servidores autárquicos (regime estatutário) são de competência da Justiça Comum (no foro da pessoa política) ou da Justiça do Trabalho, se envolverem a relação de emprego (para os *celetistas*). Da relação estatutária não pode decorrer litígio de competência da Justiça do Trabalho (STF, ADIn 3.395, que decidiu, em sede de liminar, conferir interpretação conforme à Constituição para a norma do art. 114, I, com redação dada pela Emenda n. 45/2004). A regra é aplicável inclusive para o dissídio coletivo de greve. Afastando a competência da Justiça do Trabalho e ordenando a aplicação subsidiária da Lei n. 7.701/88 à Justiça Comum, assim tem decidido o STF (Rcl. 6.010/SE, Rcl. 6.568/SP, AI 585.862/SP, todos de 2008).

Atos: Como exercem funções administrativas e correspondem a uma "extensão" das pessoas políticas, seus atos serão de natureza administrativa, sujeitos ao regime jurídico-administrativo. Os praticados por seus dirigentes permitem questionamento por mandado de segurança e ação popular (são atos de autoridade). Se, a despeito de entidades autárquicas, explorarem atividade econômica, submeter-se-ão ao mesmo regime das empresas privadas (STF, Pleno, ADIn 83-7-DF, *DJU*, 18 out. 1992) ou assemelhadas ao regime das empresas públicas. Porém, as autarquias não devem explorar atividade econômica, mas exercer atividades próprias da pessoa política que as tenha criado.

Licitações e contratos: Suas contratações dependem de prévio procedimento licitatório, ressalvadas as hipóteses de contratação direta expressamente previstas na Lei n. 8.666/93 e na lei de regência local. A mesma norma legal que rege as licitações da pessoa política será aplicável às contratações realizadas pela autarquia: a lei nacional (Lei n. 8.666/93), porém sem prejuízo da lei local (estadual, municipal, conforme o caso).

Prerrogativas: Gozam de privilégios idênticos aos da entidade ou pessoa política a que se vinculam, dentre eles:

a) não incidência, por imunidade, de impostos sobre patrimônio, renda e serviços (CF, art. 150, § 2º);

b) as ações judiciais de seu interesse são processadas no juízo da entidade estatal a que se vinculam (podendo ser da Justiça Federal — CF, art. 109, I, ou da Justiça Comum Estadual, conforme integrem ou não a estrutura administrativa da União ou dos Estados e Municípios);

c) detêm prazos processuais diferenciados (CPC, art. 188);

d) a concessão de liminares ou de antecipação de tutela em ações de seu interesse podem depender de prévia justificação (prazo de 72 horas, Lei n. 9.494/97);

e) a decisão judicial contrária aos seus interesses pode permitir a suspensão dos seus efeitos por ato do Presidente do Tribunal competente para o recurso processual (como admite o art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85);

f) seus atos são dotados de presunção de legalidade, veracidade e podem reunir os atributos da imperatividade e autoexecutoriedade;

g) seus créditos admitem execução fiscal (CPC, art. 578);

h) suas dívidas estão sujeitas a regime especial de cobrança aplicável ao Poder Público — precatórios (CF, art. 100 e parágrafos);

i) podem valer-se da ação regressiva em face de servidores (CF, art. 37, § 6º);

j) as ações promovidas em defesa do seu patrimônio são imprescritíveis (CF, art. 37, § 5º).

Controle: Estão sujeitas a controle (supervisão ou tutela) exercido pela entidade a que se vinculam, na forma e nos limites impostos por

lei. Não há relação hierárquica com a entidade criadora, mas se admite o exercício de tutela ou controle (de legalidade, de legitimidade e de resultados). O controle não é decorrente da aplicação do princípio da autotutela (interno, realizado pela própria entidade para rever ou não os seus próprios atos), mas da aplicação do princípio da tutela (*v.* Capítulo III, n. 2.4). Prestam contas ao Tribunal de Contas respectivo (União, Estados ou, como em raras hipóteses, Municípios) e os atos lesivos aos seus interesses admitem questionamento por Ação Popular, Mandado de Segurança e por Ação Civil Pública, movida ou não pelo Ministério Público.

O patrimônio das autarquias, como dito, é considerado público, por isso, gravado com inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. A alienação dos bens que integram o patrimônio, porém, pode ou não depender da observância da Lei de Licitações (n. 8.666/93, art. 17), conforme estejam ou não direcionados à prestação de serviços públicos. Os que não estiverem gravados com tal finalidade específica podem ser onerados, utilizados ou alienados na forma prevista no seu estatuto.

2.1. AUTARQUIAS DE REGIME ESPECIAL

Há autarquias de regime especial (as universidades públicas, o Banco Central do Brasil etc.), assim consideradas porque diferenciadas em relação às demais. As distinções, quase sempre, tocam à forma de investidura de seus dirigentes (presidentes, reitor, administrador etc.) e a sua maior autonomia perante a entidade que as criou.

Se a lei que criar a entidade autárquica a ela deferir maior autonomia administrativa, financeira e política, estamos em face de uma *autarquia de regime especial*. A essas entidades (de regime especial) a lei garante a não ingerência da pessoa política que a criou, limitando o exercício do poder de tutela, supervisão ou controle.

As atuais agências reguladoras (ANEEL, ANP, ANATEL), vinculadas a ministérios específicos e criadas por força da extinção de monopólios (petróleo, telecomunicações, energia elétrica), assumem o regime especial, como se verá. São espécies de autarquias de regime especial.

Os Conselhos de Profissões (CRECI, CRM, CREA etc.) podem ser identificados como espécie de autarquias (autarquias corpo-

rativas, profissionais), pelo que já decidiu o STF, julgando inconstitucional o art. 58 da Lei n. 9.649/98. Podem ser identificadas como *autarquias* pela natureza do serviço que desempenham, mas não integram a estrutura da Administração Indireta e não estão sujeitas a nenhum vínculo ou controle (o detalhamento está feito adiante — *v.* Capítulo VI, item 1 — entes de cooperação, paraestatais). Mantivemos as anotações no espaço das entidades que cooperam com o Estado, porque não integram o aparato organizacional ou material do Estado, mas desfrutam de uma situação que lhes é *peculiar* (nesse sentido, Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 107-16).

2.2. CLASSIFICAÇÃO

A doutrina não é unânime na classificação possível para as diferentes espécies de autarquias, mas três critérios podem ser empregados, como sugere o publicista José dos Santos Carvalho Filho em sua consagrada obra doutrinária (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 360): o que leva em conta o *regime jurídico*; o que leva em conta a pessoa política que as criou; o que leva em conta a atividade exercida.

Quanto ao *regime jurídico:* a) comuns ou especiais (de regime especial), correspondendo às últimas as que desfrutam de maior autonomia administrativa ou menor subordinação à pessoa política a que estejam vinculadas (como o BACEN e as agências reguladoras).

Quanto à *entidade ou pessoa política criadora*, podem ser federais, estaduais ou municipais.

Quanto à *atividade que desempenham*, podem ser:

a) *assistenciais ou de fomento* (INCRA, Agência de Desenvolvimento da Amazônia — ADA);

b) *previdenciárias* (INSS, Institutos de Previdência Social);

c) *educacionais*, de ensino, cultura ou pesquisa (Universidades Públicas);

d) *corporativas ou profissionais* (Conselhos de Profissões — p. ex., CRM);

e) *administrativas* (IBAMA);

f) *de controle ou regulação* (Agências reguladoras);

g) *associativas* (Associações Públicas — *Lei n. 11.107/2006*).

3 AGÊNCIAS — REGULADORAS E EXECUTIVAS

A criação e atuação das autarquias, ainda que sujeitas a um regime jurídico especial, não constitui novidade. Na organização administrativa brasileira essas foram sempre as formas tradicionais de descentralização administrativa de funções antes conferidas a cada uma das pessoas políticas. A novidade surge com as autarquias de regime especial nominadas de "agências", sobretudo as ditas reguladoras. O surgimento dessas entidades coincide com a adoção do Plano Nacional de Desestatização (inicialmente pela Lei n. 8.031/90) e com o fim do monopólio estatal em áreas que antes eram tidas como estratégicas (como petróleo, telecomunicações).

Os objetivos do amplo processo de *reforma do Estado e da Administração* foram o de reduzir custos, otimizar resultados, incrementar a participação da iniciativa privativa e, por isso, surgiram institutos típicos da *privatização*. Em decorrência, o Estado brasileiro passou a admitir a *desestatização, a desnacionalização, a privatização de serviços antes públicos, além da parceria público-privada nas concessões de serviços.*

O mote justificador das agências reguladoras está no favorecimento do capital privado, ou seja, fomentar o interesse privado na contratação com o Poder Público para a execução de serviços, aquisição de entidades estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista), dentre outros. Como as agências detêm maior autonomia política e administrativa (são também chamadas de *autoridades administrativas independentes* ou *independent regulatory agencies*), devem sofrer menor ingerência política e esta estabilidade administrativa tem sido compreendida como essencial para o interesse privado. A justificar a existência tem-se ainda a necessidade de especializar a prestação de serviços, aperfeiçoando-os.

Todas as pessoas políticas podem criar agências reguladoras em suas estruturas administrativas, bastando que titularizem o serviço ou a atividade pública a ser regulada. Não há lei geral de regulação das agências e cada qual é disciplinada por norma própria e editada pela pessoa política que a tenha criado.

As agências reguladoras são entidades novas, criadas por lei específica e nisso diferem das agências executivas, que podem ser autarquias ou fundações qualificadas como agências por ato do Executivo.

3.1. AGÊNCIAS REGULADORAS

Agência reguladora corresponde a autarquia sob regime especial criada para o desempenho de funções normativas ou reguladoras de serviços públicos, dentre outras atividades administrativas próprias da pessoa política que a criou. Dotada de personalidade jurídica de direito público, criada sob a forma de autarquia, a agência deve executar função administrativa de caráter normativo (editando seus regulamentos, instruções), de caráter fiscalizatório (poder de polícia), além de processar administrativamente questões relacionadas ao Poder Público e aos concessionários ou permissionários de serviços públicos.

Desfruta de maior autonomia administrativa, sem que se possa reconhecer-lhe *independência*. Em verdade, vincula-se sempre à Administração Direta (Ministério, Secretária) e se submete à Chefia da Administração (confiada ao Chefe do Executivo). A autonomia política pode residir, por exemplo, na estabilidade conferida aos dirigentes, que desfrutam de *mandato* conferido por lei, e somente podem ser desligados ao término do período de investidura, por condenação judicial ou após processo administrativo. Os dirigentes devem ser técnicos e a nomeação depende, em regra, de prévia aprovação pelo Legislativo (*sabatina e aprovação*). A autonomia financeira pode decorrer do recolhimento de taxas (como as demais autarquias) e de outras fontes de recursos. A autonomia administrativa, por fim, decorre da inexistência de subordinação, vinculação ou tutela exercida pela Administração Direta, da auto-organização (realiza suas contratações, admissões etc.). Seus atos são administrativos, admitem controle jurisdicional e legislativo. Aplica-se a lei de improbidade administrativa para os atos capazes de representar dano ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou a violação de princípios e deveres próprios do exercício de funções administrativas. Os servidores, admitidos por concurso público em regra (as exceções são para o acesso a cargos em comissão ou temporários), se submetem ao regime estatutário (na Administração Federal, a Lei n. 8.112/90). A Lei n. 9.986/2000, com as modificações impostas pelas Leis n. 10.871/2004 e n. 11.292/2006, dispôs sobre a gestão de recursos humanos das agências da Administração Federal, fixando a obrigatoriedade de concurso público para o acesso aos cargos públicos e impondo, como regra, a aplicação do mesmo

regime jurídico previsto na Lei n. 8.112/90 (estatutário). Veja-se que inicialmente o regime aplicável seria o da CLT (assim impunha a Lei n. 9.986/2000 na sua redação original e de constitucionalidade duvidosa — ADIn 2.310-1). Estados e Municípios podem criar suas próprias agências reguladoras, desde que detenham competência para a regulação do serviço ou atividade a ser por elas gerido.

Já foram criadas inúmeras agências: ANEEL (Lei n. 9.427/96), ANATEL (Lei n. 9.472/97), ANP (Lei n. 9.478/97), ANVS (Lei n. 9.782/99), ANS (Lei n. 9.961/2000), ANA (Lei n. 9.984/2000) e ANTT e ANTAQ (Lei n. 10.233/2001), todas integrantes da Administração Federal, mas já há grande número de agências no âmbito dos Estados e Municípios. O modelo que vem sendo adotado é merecedor de críticas, especialmente porque as agências não deixam de ser meras autarquias, ainda que sujeitas a um regime jurídico diferenciado. A instituição de mandato para os dirigentes, de um regime próprio para as contratações (diverso do previsto na Lei n. 8.666/93), e a transferência de poderes regulatórios próprios das pessoas políticas são alguns pontos debatidos. Mas a tendência ao acolhimento desse modelo parece ser crescente, e Estados e Municípios vêm constituindo as suas próprias agências como entidades integrantes da Administração Indireta, à semelhança da Administração Federal. Interessa notar, por fim, que as agências não se prestam apenas à regulação de serviços públicos concedidos a particulares, mas também ao fomento (por exemplo, ANCINE), à implementação de políticas nacionais (como a ANA e a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos; ANTT e os transportes terrestres), à fiscalização (como a ANVISA; a ANAC etc.).

Inúmeras críticas podem ser deduzidas acerca do modelo de agência que vem sendo adotado no Brasil, especialmente em razão da inexistência de qualquer referência a essa figura autárquica na Constituição (a CF somente menciona a criação de *órgão regulador* — arts. 21, XI, e 177, § 2º, III — para os serviços de telecomunicações e petróleo, respectivamente), além de prerrogativas concedidas por lei que não se mostram razoáveis (as agências na Administração Federal podem celebrar contratos a partir de licitação realizada sob a modalidade consulta, algo incomum para outras autarquias).

Agência executiva corresponde ao atributo, ou qualificação, conferido a pessoa jurídica de direito público que celebre contrato de gestão com o objetivo de otimizar recursos, reduzir custos e aperfeiçoar a prestação de serviços públicos. Os Decretos federais n. 2.487 e n. 2.488, de 2 de fevereiro de 1998, e a Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, versam sobre a atuação das agências executivas, havendo previsão constitucional para o contrato de gestão (CF, art. 37, § 8º), firmado com o objetivo de ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira. A designação não altera a natureza da entidade, que continuará sendo pública e integrante da Administração Indireta. Daí que o pessoal que a compõe, a sua personalidade jurídica, patrimônio e privilégios continuam recebendo o mesmo tratamento jurídico. Já foram agências executivas: ADENE (Agência de Desenvolvimento do Nordeste); ADA (Agência de Desenvolvimento da Amazônia — LC n. 124 e n. 125, de 2007) e atualmente são agências executivas: o INMETRO e a Agência de Inteligência.

Assim: agência reguladora é entidade criada (a partir da extinção de antigas autarquias ou da transformação de entidades existentes), enquanto agência executiva é entidade já existente, mas que é transitoriamente (enquanto perdurar o contrato de gestão) qualificada como tal.

O processo de escolha dos dirigentes das agências pode depender da aprovação do Legislativo, mas desde que a lei de criação da entidade assim autorize e por força do que prevê a CF, art. 52, III, *f*. O dirigente, porém, não é exonerável a qualquer tempo (*ad nutum*), já que investido por tempo certo. O Legislativo pode participar do processo de investidura (aprovando ou não o nome indicado pelo Executivo), mas não poderá ordenar a nomeação ou impor a destituição, salvo se admitido o processo legislativo de destituição na lei de criação da entidade autárquica (agência).

4 FUNDAÇÕES

Entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criadas em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito

público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes (Decreto-Lei n. 200/67, alterado pela Lei n. 7.596/87).

É preciso distinguir: há fundações privadas (criadas pela iniciativa privada e de personalidade jurídica exclusivamente de direito privado), como há fundações governamentais, instituídas por desejo das pessoas políticas. As últimas é que integram a estrutura da Administração Indireta e podem deter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, como adiante será explicitado.

Diverge a doutrina sobre ser possível a instituição, pelo Estado, de fundações sob o regime de direito público, sustentando os críticos que somente são admitidas as regidas pelo direito privado (fundações sob o modelo imposto pelo direito privado — CC, arts. 62 a 69). O STF já decidiu ser a fundação espécie de autarquia (CJ 6.728-3), daí ser adequado dizer que segue o mesmo regime jurídico. Apreciando conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Comum (RE 215.741/SE, j. 30-3-1999), decidiu o STF: "... o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia". Os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir fundações destinadas à prestação de serviços públicos que a eles estiverem cominados.

A doutrina, no entanto, reconhece ser possível a instituição de *fundação de direito público* e *fundação de direito privado* pelo Estado, ainda que, a rigor, deveriam ser sempre dotadas de personalidade jurídica própria do direito privado constituídas na forma da legislação civil. Há normas constitucionais que expressam a possibilidade de instituição (CF, art. 37, XIX), mas obrigam a prévia autorização legislativa (como ocorre para as empresas públicas e sociedades de economia mista). Sendo o regime jurídico de direito privado, como previsto no Código Civil, a instituição dependerá também do registro da escritura pública no Registro das Pessoas Jurídicas e o regime jurídico prevalecente será o do direito privado.

As fundações destinam-se, basicamente, às atividades administrativas, não lucrativas e atípicas, sendo criadas por lei específica (CF, art. 37, XIX) e organizadas por decreto. Submetem-se a regime idêntico

ao das autarquias quando atribuída personalidade jurídica de direito público. Respondem por danos que venham causar a terceiros e por obrigações assumidas.

A entidade estatal que as criou responderá por suas obrigações na hipótese de extinção e de incorporação de seu patrimônio. Se prestadoras de serviço público, após exaurido o seu patrimônio, passa a responder a entidade estatal; se instituídas pelo regime do direito privado e não prestadoras de serviços públicos, a entidade a que se vinculam não responderá, ou seja, responde a própria Fundação até o limite de seu patrimônio. O Código Civil determina que o Ministério Público exerça a fiscalização das fundações (art. 66). As fundações instituídas pelo Poder Público são fiscalizadas, no entanto, a partir de outro fundamento, seja porque desempenham funções administrativas ou porque ostentam patrimônio público (CF, art. 129, II e III). Com isso, defendemos que às fundações instituídas pelo Poder Público (sejam as de direito público ou de direito privado) não se dirigem todas as regras dispostas nos arts. 62 e seguintes do Código Civil. Mas tal conclusão não subtrai do Ministério Público a atribuição de fiscalizá-las. A fiscalização das fundações é feita pelo Ministério Público do Estado onde situadas, sendo do Ministério Público do Distrito Federal, quando localizadas no Distrito Federal (ao contrário do que prevê o CC, art. 66, § 2º, e como já decidiu o STF — *Informativo STF* 452).

Aplicam-se às fundações de direito público todas as características das autarquias (seriam espécie de autarquias, como decidiu o STF). Assim, os mecanismos de controle (inclusive o realizado pelo Legislativo — Tribunais de Contas, Ministério Público), as contratações de pessoal, o limite de gastos e as licitações devem obediência às normas legais aplicáveis à Administração Direta.

A distinção da personalidade jurídica produz efeitos importantes: por exemplo, todos os bens pertencentes às fundações de direito público são públicos, sendo privados (ainda que sujeitos à Administração Pública) os bens pertencentes às fundações governamentais de direito privado; ambas, porém, gozam de imunidade tributária (impostos sobre a renda, patrimônio e os serviços prestados — CF, art. 150, VI, *a*, e § 2º), mas apenas para as de direito público é aplicável a prerrogativa processual do duplo grau de jurisdição (ou de reexame

necessário ante a sentença que lhe seja desfavorável — CPC, art. 475, I). Os agentes devem ser contratados após regular concurso (salvo hipóteses excepcionais — CF, art. 37,V e IX), sendo, em regra, estatutários os vinculados às fundações de direito público (os litígios serão de competência da Justiça Comum ou da Justiça Federal) e sujeitos ao regime de emprego público (CLT) os admitidos em fundações de direito privado (os litígios de competência da Justiça do Trabalho). Quase sempre os Tribunais não estabelecem distinção entre as fundações (se de direito público ou privado) para a fixação do foro competente para as ações de seu interesse. Como sabemos, compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública (CF, art. 109, I), e assim tem sido majoritariamente decidido.

5 ASSOCIAÇÕES E CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A associação de pessoas políticas ou Entes Estatais (União, Estados e Municípios) para a atuação cooperada e conjunta pode ensejar a constituição de associações públicas, espécie de pessoa jurídica de direito público.

Previstas no art. 41, IV, do Código Civil (com a redação dada pela Lei n. 11.107/2005), as associações públicas detêm personalidade jurídica de direito público, à semelhança das autarquias (seriam também uma subespécie de autarquias), não se prestando à exploração de atividades econômicas e destinadas a viabilizar a constituição de consórcios públicos. Os consórcios públicos integram a Administração Indireta dos entes federados consorciados (a lei menciona tal natureza apenas para os dotados de personalidade jurídica de direito público, mas também os que tenham sido constituídos sob a forma da lei civil serão integrantes da Administração Indireta).

Os consórcios públicos são instrumentos de gestão associada de serviços públicos e a lei de regência (Lei n. 11.107/2005) passou a admitir a constituição de consórcios dotados de personalidade jurídica própria, seja de direito público, seja de direito privado. Será de direito público o consórcio constituído sob a forma de associação pública; e de direito privado, quando atendidas as regras do direito civil. Integram a Administração Indireta (ainda que a lei apenas se refira aos de direito público) de todos os entes consorciados (art. 6º, I, II e §§ 1º e 2º). Atu-

arão para a execução de objetivos comuns aos entes consorciados e estarão sujeitos a um regime jurídico próprio, como adiante indicado.

São entidades da Administração em regime peculiar, já que instituídas por mais de uma entidade estatal (as que estiverem consorciadas), sujeitando-se a administração própria e dotadas de personalidade jurídica distinta da atribuída às entidades consorciadas (que podem ser a União, o Distrito Federal, Estados e Municípios). A formação do consórcio, no entanto, dependerá da voluntária adesão das entidades estatais, reclamando autorização legislativa específica (a lei local que ratificar o protocolo de intenções).

6 ENTIDADES EMPRESARIAIS (EMPRESAS ESTATAIS): PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Para a prestação de serviços públicos ou a excepcional exploração de atividade econômica, pode o Estado constituir, desde que autorizado por lei específica, empresas submissas a modelo disposto no direito privado. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Ao lado destas há outras que, de qualquer forma, acham-se sob o controle do Estado, por incorporação, fusão, ou se trata de meras subsidiárias das primeiras.

São designadas como empresas estatais ou entidades empresariais e correspondem às pessoas jurídicas de direito privado cuja criação é autorizada por lei; mantêm regime de dependência com a entidade estatal que as criou. A vinculação, no entanto, não lhes retira a autonomia, sujeitando-se a tutela na forma e nos limites declarados em lei, tal como ocorre com as autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público. Assim, não há relação hierárquica entre as empresas estatais e a Administração Direta, e o controle somente é exercitado se admitido pela lei que autorizou a criação. A constituição das entidades empresariais deve atender ao princípio da especialidade (CF, art. 37, XIX) e é resultante da descentralização administrativa por serviços.

Define-as o Decreto-Lei n. 200/67:

a) Empresa pública é *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo do Estado, criada por*

lei para a exploração de atividade econômica, podendo revestir-se *de qualquer das formas admitidas em direito*.

b) Sociedade de economia mista corresponde a *entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima* (art. 6º, II e III, com redação dada pelo Decreto-Lei n. 900/69).

Podem, como visto, ser classificadas, quanto ao objeto social ou atividade a que se destinam, em:

a) prestadoras de serviço público;

b) exploradoras de atividade econômica.

A exploração de atividade econômica pelo Estado é excepcional e exercida em *caráter suplementar*, desde que *necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo* (CF, art. 173). Não se admite outra forma de exploração que não seja a de caráter suplementar, porque a ordem econômica é fundada na *livre iniciativa*, tendo por princípios a *livre iniciativa,* a *propriedade privada* e a *livre concorrência* (CF, art. 170, *caput*, II e IV).

Não há dúvida quanto à possibilidade de serem constituídas empresas estatais, seja para a prestação de serviços públicos, seja para a exploração de atividade econômica, porquanto a Constituição expressamente concebe tal possibilidade: "A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou de comercialização de bens e de prestação de serviços..." (CF, art. 173, § 1º).

Em qualquer caso, porém, a empresa estatal sempre atuará em defesa do interesse público (*v.* princípio da impessoalidade — Capítulo III, subitem 1.2), achando-se submissa a um regime híbrido (público e privado).

Podem ser constituídas pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, conquanto seja diminuta a possibilidade de o Município instituir as exploradoras de atividades econômicas, sobretudo para o atendimento dos imperativos da segurança nacional.

Objetivamente:

Criação, organização: Somente podem ser criadas por autorização legislativa de iniciativa do Chefe do Executivo. A lei não cria, autoriza a criação que seguirá o modelo imposto pelo direito privado.

Patrimônio: O patrimônio inicial será constituído de recursos oriundos do Poder Público ou com a concorrência de recursos públicos e privados, conforme adote o modelo de empresa pública ou de sociedade de economia mista, respectivamente. O patrimônio admite defesa por ação popular, mandado de segurança e ação civil por improbidade administrativa, mas diverge quanto à sua natureza: se público ou privado. Para Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, cit., p. 351), são públicos com destinação especial, mas para José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 908) devem ser considerados privados. Em face do disposto no art. 98 do Código Civil, os bens que compõem o patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista devem ser considerados *privados*, e nesse sentido já decidiu o STF (MS 23.627/DF e 23.875/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, citados por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 909). Em verdade, dada a vinculação de toda a Administração Pública ao interesse público, ainda que detenham a natureza privada, estarão sempre sujeitos ao regime jurídico híbrido (público e privado) e podem ser, como desejou Celso Ribeiro Bastos, públicos em sentido amplo. O constitucionalista, com razão, afirmava: "Em sentido lato, constituem também patrimônio público os bens das entidades paraestatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), nada obstante serem regidas pelo direito privado. Esses bens têm uma destinação de interesse público a fim de atender aos objetivos visados pelo Poder Público criador da entidade. Portanto, a titularidade última desses bens pertence ao setor público, haja vista que no caso de extinção dessas entidades os bens retornam à entidade estatal da qual foram desligados" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 306). A única ressalva à conclusão do prof. Celso Ribeiro Bastos diz respeito à natureza dessas entidades, que não deve ser tida como "paraestatal", já que integram a Administração Pública Indireta e não são constituídas pelo setor privado. As paraestatais ou entes de cooperação serão estudadas no próximo Capítulo.

Tratando-se de prestadora de serviço público, os bens vinculados a atividade-fim não se sujeitam a qualquer tipo de oneração, salvo se autorizada esta por lei (nesse sentido decisões do STJ: "A receita das

bilheterias que não inviabilizam o funcionamento da devedora sociedade de economia mista estadual pode ser objeto de penhora, na falta de vedação legal, e desde que não alcance os próprios bens destinados especificamente ao serviço público prestado..." (REsp 343.968/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ*, 4 abr. 2002. No mesmo sentido, STF, *Informativos* 123 e 213). Admitindo a oneração mesmo sem autorização legal: "A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviços públicos, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição" (STJ, REsp 521.047-SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-11-2003). Veja-se que o STF já entendeu constitucional a impenhorabilidade imposta por lei, mas desde que se refira a entidade prestadora de serviços públicos (nesse sentido, e aplicável ao patrimônio da EBCT, AI 243.250-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-2-2004).

Objeto social: Podem ser constituídas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividade econômica. As exploradoras de atividade econômica só são admitidas quando houver imperiosidade (relevante interesse coletivo ou forem necessárias aos imperativos da segurança nacional — CF, art. 173), sujeitando-se ao regime das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), muito embora incidentes também normas de direito público (controle estatal, aplicação dos princípios básicos — CF, art. 37, *caput*). Diz-se, então, que há regime semipúblico (nesse sentido decisões do STF, MS 21.322-1/DF, *DJU*, 23 abr. 1993).

Contratos: Sujeitam-se ao dever de licitar, podendo o procedimento licitatório estar regulado em estatuto próprio (quando exploradoras de atividade econômica) ou na Lei de Licitações — Lei n. 8.666/93 (se prestadoras de serviços públicos); na primeira hipótese, não há propriamente contrato administrativo, havendo relação contratual regulada pelo direito comercial ou civil, conforme o caso; sendo as contratações promovidas por prestadoras de serviço público, têm-se contratos administrativos.

Obrigações: Em face da sujeição das exploradoras de atividade econômica às mesmas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tri-

butárias (CF, art. 173, II) das empresas do setor privado, não se cogita da responsabilidade subsidiária do Estado por seus atos e obrigações assumidas.

Responsabilidade civil: A responsabilidade civil objetiva (CF, art. 37, § 6º) somente é aplicável para as prestadoras de serviços públicos, não sendo aplicável às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. Pode-se sugerir a responsabilidade subsidiária da entidade estatal que as criou se, esgotado o patrimônio da empresa pública e da sociedade de economia mista, subsistirem obrigações. O fundamento para a responsabilização pode residir no dever de tutela ou de fiscalização, além da criação originária na vontade da entidade estatal.

Capital: As empresas públicas detêm capital integralmente público; as sociedades de economia mista, parcialmente público e privado.

Organização societária: Quanto à forma societária, as empresas públicas adotam qualquer forma admitida em direito, as sociedades de economia mista apenas a forma de sociedade anônima (Decreto-Lei n. 200/67, art. 5º).

Pessoal: O quadro de pessoal é composto de servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (não são servidores públicos, portanto), a eles incidindo impedientes de acumulação (CF, art. 37, XVII), sendo equiparados a "funcionários públicos" para fins penais (CP, art. 327) e de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

O acesso ao emprego depende, em regra, de concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II), admitindo-se a realização de processo seletivo orientado pelos princípios básicos da Administração quando se tratar de exploradora de atividade econômica. A investidura depende de aprovação em concurso e a dispensa há de ser motivada, não se admitindo a imotivada rescisão do contrato de trabalho, por conta do interesse público que motiva a contratação do empregado e seu desempenho supostamente imprescindível ao serviço público ou ao "imperativo da segurança nacional".

Os litígios trabalhistas devem ser julgados pela Justiça do Trabalho (CF, art. 114), mas são da competência da Justiça Comum (Estadual ou Federal, conforme concorra ou não interesse da União) outras causas em que seja parte sociedade de economia mista (STF, Súmulas 517 e 556).

Os empregados não adquirem efetividade, sujeitando-se, porém, às limitações próprias do serviço público (proibição de acumular, teto remuneratório).

Atos: Seus atos podem ensejar mandado de segurança se detentores de natureza pública (atos administrativos) e ação popular, se lesivos ao patrimônio público.

Privilégios: Não se lhes aplicam os privilégios processuais próprios da Fazenda Pública, como a contagem diferenciada de prazos processuais. O conceito de Fazenda deve ser interpretado restritivamente para abranger apenas as pessoas jurídicas de direito público.

Falência: A nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005) é expressa ao excluir as empresas públicas e as sociedades de economia mista do processo falimentar, o que deve colocar termo a antiga divergência doutrinária.

A doutrina sempre divergiu quanto a ser possível a falência das empresas estatais, havendo os que entendiam possível a falência independentemente do tipo de empresa estatal e do objetivo social, como os que apostavam na possibilidade da falência das que exploram atividades econômicas ou apenas de empresas públicas. Concorriam inúmeros fatores para a controvérsia, tais como: a natureza dos bens que integram o patrimônio dessas entidades; a necessidade de autorização legislativa para a criação (logo, também para a extinção); a previsão contida no art. 242 da revogada Lei das Sociedades Anônimas, que excepcionava a falência apenas para as sociedades de economia mista (logo, as empresas públicas poderiam falir); o comando constitucional que impõe tratamento isonômico com o setor privado (CF, art. 173, § 1º, II).

As empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), como visto, podem prestar-se a dois tipos de atividade, impondo-se tratamento diferenciado conforme seja o seu objeto (se prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica), porque incidente regime jurídico diferenciado. Assim, as que exploram atividade econômica devem obediência ao mesmo regime das empresas privadas (ainda que não seja de forma absoluta, porque sempre convergirá tratamento diferenciado em razão do patrimônio público, do manejo de poderes administrativos etc.), como ordena a

norma constitucional (CF, art. 173, § 1º, II), enquanto as que prestam serviços públicos devem receber tratamento diferenciado (porque a atividade é essencial à sociedade, devendo obediência aos princípios da continuidade, da indisponibilidade, supremacia do interesse público).

Tem-se, ante o quadro alinhavado, que: *empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, ao nosso sentir, jamais se sujeitariam à falência*, enquanto *empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica poderiam, em tese, estar sujeitas a ela*, por conta do regime similar ao do setor privado, inclusive no que tange às suas obrigações.

O estudo reclama pesquisa atualizada (por exemplo: Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 328-9, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 164, e Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 350 e 356), mas, como dito, a nova disposição legal aplicável à matéria expressamente as exclui do regime falimentar (Lei n. 11.101/2005).

7 SÚMULAS DO STF

Súmula 340:

Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

Súmula 517:

As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente.

Súmula 556:

É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

8 SÚMULAS DO STJ

Súmula 42:

Compete à Justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Súmula 39:

Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista (*em face do art. 205 do CC, no entanto, o prazo indicado na súmula já não se mostra aplicável, passando a corresponder a dez anos*).

Súmula 324:

Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participe a Fundação Habitacional do Exército, equiparada a entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.

Súmula 333:

Cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação por sociedade de economia mista ou empresa pública.

Quadro sinótico – Administração pública indireta

Administração Pública Indireta	— autarquias — agências reguladoras (autarquias de regime especial) e executivas (autarquias ou fundações) — fundações — empresas públicas e sociedades de economia mista — prestam serviços públicos — exploram atividade econômica (excepcional) — associações públicas — consórcios públicos
Autarquia	— criada por lei específica, CF, art. 37, XIX — personalidade jurídica de direito público — capital público transferido pela entidade criadora — dever de licitar — excluída da falência — vinculadas à finalidade (especialidade) — gozam de privilégios processuais – Fazenda Pública
Fundação	— criada por lei ou autorizada a criação por lei, CF, art. 37, XIX — personalidade jurídica de direito público ou de direito privado — excluída da falência — dever de licitar — vinculada à finalidade (especialidade)

Empresa pública	— presta serviços ou explora atividade econômica (CF, art. 173 – exceção) — regime jurídico similar ao do setor privado (obrigações) — vinculada à finalidade (especialidade) — forma societária: todas admitidas pelo Direito
Sociedade de economia mista	— criação precedida de autorização legal, CF, 37, XIX — personalidade jurídica de direito privado — capital público e privado — excluída da falência — presta serviços ou explora atividade econômica (CF, art. 173 – exceção) — regime jurídico similar ao do setor privado (obrigações) — vinculada à finalidade — sem privilégios processuais — forma societária: sociedade anônima
Súmulas do STF	— Súmulas 340, 517, 556
Súmulas do STJ	— Súmulas 42, 39, 324, 333

Capítulo VI
ENTES DE COOPERAÇÃO, PARAESTATAIS

1 INTRODUÇÃO

Paralelamente ao Estado ou à Administração Pública e suas entidades, atuam entidades constituídas pelo setor privado, porém sem fins lucrativos. Orientadas para a execução de atividades sociais, as associações civis, as fundações privadas caracterizam-se por não serem governamentais. Daí a expressão usualmente aplicada; organizações não governamentais para essas entidades privadas. A atuação dessas entidades deve se dar à revelia de qualquer controle positivo do Estado, como prevê a Constituição Federal (art. 5º, XVII e XVIII), mas por vezes elas estabelecem vínculo jurídico com os Poderes Públicos e passam a desempenhar tarefas sob coordenação, orientação ou fomento estatal.

Como não integram o Estado (1º Setor) e não exploram atividades econômicas (2º Setor), são comumente identificadas como entidades do 3º Setor. No entanto, parece-nos equivocado compreender toda entidade do 3º Setor como paraestatal. Toda paraestatal provém do 3º Setor, mas nem toda entidade do 3º Setor é paraestatal. Para que a associação privada ou fundação de direito privado seja tida como "paraestatal" é indispensável o estabelecimento de algum vínculo jurídico, seja decorrente de lei, ato ou contrato administrativo. Como entidades paraestatais, entes de cooperação ou de colaboração com a Administração Pública, temos, por exemplo, os serviços sociais autônomos, as ordens e os conselhos de profissões, as organizações sociais (OS), as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), dentre outras que estudaremos na sequência.

2 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, vinculadas a categorias profissionais e destinadas ao fomento de assistên-

cia médica, social, de ensino (SESC, SENAI, SESI). Podem receber recursos públicos ou contribuições parafiscais, submetendo-se à fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas (CF, art. 70, parágrafo único). Seus dirigentes estão sujeitos, ainda, à aplicação da Lei n. 8.429/92 (improbidade administrativa) e seus atos são passíveis de mandado de segurança e ação popular quando revestidos de características próprias de atos administrativos. Submetem-se, no mais, ao mesmo regime das entidades de direito público, como o acesso a cargos (por concurso), a observância da obrigatoriedade de licitar e a equiparação de seus agentes a "funcionários públicos" para fins penais (CP, art. 327). Interessa notar que a sociedade civil é instituída segundo o modelo disposto na legislação própria (Código Civil), autorizando a lei a recepção desse atributo. Os serviços prestados não são públicos, mas de interesse público, daí o incentivo e controle do Poder Público.

Atribuída a natureza de "serviços sociais autônomos", pode, em princípio, a entidade passar a recolher contribuições parafiscais de seus associados e ser destinatária de dotações orçamentárias.

Os litígios envolvendo tais entidades estão sujeitos à Justiça Comum (STF, Súmula 516).

3 ORDENS E CONSELHOS

São entidades de fiscalização das profissões e prestam serviços públicos. Não integram a Administração Indireta, mas podem ser nominadas de autarquias-corporativas, profissionais ou "entes com situação peculiar". Exercem atividade pública e estão sujeitas à fiscalização do Poder Público (inclusive dos Tribunais de Contas). Exemplos: Conselho de Medicina (Lei n. 3.268/57); Conselho de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Lei n. 5.194/66); Conselho de Psicologia (Lei n. 5.766/71); Ordem dos Músicos (Lei n. 3.857/60); Conselho de Farmácia (Lei n. 3.820/60); Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biologia e Biomedicina (Lei n. 6.684/79 e Lei n. 7.017/82).

A caracterização dessas entidades sofreu profunda alteração recentemente e tornaram a ser *equiparadas a autarquias ou espécie de autarquias (corporativas, profissionais)*. Assim devem ser reconhecidas novamente porque o art. 58 da Lei n. 9.649/98, que a todos impunha

personalidade jurídica de direito privado (não pública, não autárquica, portanto), foi reconhecido como inconstitucional pelo STF. Aquela Corte deliberou que atividades típicas do Estado não podem ser objeto de delegação a entidades privadas que não guardem nenhuma espécie de vinculação com o Poder Público e que estas entidades desempenham tais atividades.

Os conselhos de profissão exercem poder de polícia, de tributação e disciplinar, e devem-se sujeitar à fiscalização do Poder Público (ADIn 1.717-6, rel. Min. Sydney Sanches, *DJ*, 28 mar. 2003). No mesmo sentido, o STF julgou: "Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas do Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do art. 71 da atual Constituição" (MS 22.643-9-SC, rel. Min. Moreira Alves). Do julgamento o relator fez constar: "Esses Conselhos — o Federal e os Regionais — foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia...". O STF considerou inconstitucionais o art. 58, *caput*, e os §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, da Lei n. 9.649/98.

Como são constituídos por lei, desempenham funções típicas do Estado e prestam serviços públicos, devem ser considerados *autarquias (mas de situação especial) ou entes sujeitos a um regime peculiar*. A sujeição ao poder estatal, no entanto, não deve ser absoluta, porque não há entre a Administração Direta e os Conselhos qualquer espécie de vinculação hierárquica, funcional ou controle político, como impõe o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94, art. 44, § 1º). Em verdade, são tidos como entidades autárquicas em razão da atividade que exercem e porque a criação é decorrente de lei. Para o STF (ADIn 3.026/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 8-6-2006), a OAB deve ser tida como "serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro", e a ela não são aplicáveis o

regime próprio das "autarquias especiais" ou típico para as "agências", seja porque não integra a Administração Pública, seja porque detém autonomia e atua com independência. Difere das demais entidades de fiscalização porque suas finalidades não são apenas corporativas, mas "indispensáveis à administração da Justiça" (CF, art. 133). Daí o acerto da lição da publicista Odete Medauar, que nomina tais entidades como sendo *"entes de situação peculiar"* porque "não se enquadram exatamente nos moldes previstos legalmente para identificar as entidades componentes da Administração Indireta, nem permitem situá-los como órgãos da Administração Direta. Tais entes não integram a Administração Indireta" (*Direito administrativo moderno*, cit., p. 112).

Ante o julgamento pelo STF, as causas que debatam seus serviços não mais se sujeitam à competência da Justiça Federal (porque a hipótese não está prevista no art. 109 da CF), não mais gozam de imunidade tributária (porque as imunidades devem decorrer da Constituição) e estão sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas (porque assim ordena o art. 70 da CF). Quanto às contribuições (anuidades) exigidas por essas entidades, têm a natureza de contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário (STF, RE 138.284/CE, rel. Min. Velloso, Plenário, *RTJ*, 143/313).

A relevância da atuação dos conselhos de profissão foi ainda mais realçada com a disposição imposta à Lei Complementar n. 64/90, que versa sobre as situações de inelegibilidades. A Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como "Lei Ficha Limpa", acrescentou ao rol de inelegíveis aqueles que tenham sido excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional (art. 1º, I, *m*, da LC n. 64/90).

4 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Entidades privadas (associações ou fundações), constituídas sem fins lucrativos e que desempenhem atividades de interesse social contempladas em lei específica podem ser qualificadas pelo Executivo como "organizações sociais". A qualificação lhes permitirá a celebração de um ajuste (contrato de gestão) e atuação conjugada com o Poder Público na respectiva área de atuação (por exemplo, saúde, cul-

tura etc.). A competência para legislar é comum a todas as pessoas políticas e cabe à lei contemplar as áreas que admitem o contrato de gestão. No âmbito da União, a Lei n. 9.637/98 admite a qualificação de entidades dedicadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde, desde que possuam como órgão de deliberação superior um conselho de administração com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

O contrato de gestão produz importantes efeitos jurídicos, admitindo a lei federal: a) recepção de recursos públicos; b) cessão especial de servidores, com ônus para o Poder Público; c) a permissão de uso de bens móveis e imóveis públicos. Também os efeitos jurídicos devem ser disciplinados na lei local.

A qualquer tempo poderão ser desqualificadas, importando isso a reversão dos bens permitidos e dos valores repassados (art. 16 da Lei n. 9.637/98). A desqualificação deve ser decidida em processo administrativo a cargo da entidade concessora do título. Qualquer pessoa pode representar ao Ministério Público e a desqualificação resultar de processo judicial (aplica-se por simetria a solução dada para as OSCIPs — Decreto n. 3.100, de 1999). Exemplos tradicionais de OS: casas de misericórdia e "santas casas".

No Estado de São Paulo, disciplina a LCE n. 846/98 a possibilidade de qualificação atribuída à entidade civil, sem fins lucrativos, instituída nos moldes dispostos pela Lei federal n. 9.637/98, mas com atuação restrita nas áreas de saúde e cultura.

O instrumento de vinculação da organização social com o Poder Público (o contrato de gestão) é definido como "instrumento firmado pelo Poder Público e a entidade qualificada como organização social com vistas à formação de uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas à área de saúde e cultura (LCE n. 846/98). Assim, a relação é de natureza contratual.

Os administradores, porque manejam recursos públicos, pessoal e bens públicos, podem ser responsabilizados por atos de improbidade administrativa, equiparando-se a agentes públicos.

5 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

As entidades privadas (associações, fundações) podem ser qualificadas como "OSCIPs", ou organizações da sociedade civil de interesse público e, nesse caso, não celebram o contrato de gestão aplicável apenas para as organizações sociais (item 4), mas mero termo de parceria.

São pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sem a participação do Estado e sem finalidade lucrativa, e que tenham por objeto social a execução de serviços sociais que não sejam próprios do Estado. Recebem tal qualificação (organização da sociedade civil de interesse público) e podem celebrar *termo de parceria* com o Estado, que incentivará a sua atuação. A *parceria* não produz os mesmos efeitos do *contrato de gestão* (visto no item anterior e aplicável para as *organizações sociais*), mas permite que a entidade passe a se sujeitar à fiscalização do Estado como contrapartida à atividade de fomento por ele desempenhada. A qualificação é conferida pelo Ministério da Justiça e o *termo de parceria* é firmado com a Administração Direta (ministério ou secretaria da área em que atuar a entidade privada). As entidades privadas que podem ser identificadas como organizações da sociedade civil de interesse público estão reguladas pela Lei n. 9.790/99. A qualificação no âmbito da União é realizada por intermédio do Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública, órgão mantido pelo Ministério da Justiça e criado pela Portaria n. 24, de 15 de outubro de 2007. Se a entidade deixar de atender aos requisitos legais ou atuar de modo contrário ao previsto no termo de parceria, ficará sujeita à desqualificação, que tanto pode ser decidida em processo administrativo como judicial (Decreto n. 3.100, de 1999). A atuação das OSCIPs pode se dar para a assistência social; defesa e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; e promoção do voluntário, da cultura, da defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, da educação e saúde e do desenvolvimento econômico e social, além do combate à pobreza, entre outras áreas de atuação e todas com nítido interesse social. A entidade pode promover ações perante os Juizados Especiais Cíveis.

6 FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE APOIO A INSTITUIÇÕES OFICIAIS DE ENSINO SUPERIOR

São pessoas jurídicas de direito privado instituídas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, normalmente por servidores públicos e para a execução de serviços sociais não exclusivos do Estado. Mantêm convênios, ajustes e contratos com universidades e faculdades, sujeitando-se a controle, inclusive pelo Ministério Público, como toda fundação privada. Exemplos: Fundação Universitária para o Vestibular — Fuvest; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas — FIPE. Podem ser constituídas sob a forma de fundação (de direito privado), associações ou cooperativas, mas não são criadas a partir do desejo do Estado, com ele estabelecendo vinculação por convênio, contrato ou parceria, conforme a hipótese. Em havendo ajuste com o Estado, essas entidades (*como também as anteriores paraestatais*) passam a receber a influência dos princípios e regras que regem o exercício da atividade administrativa (publicização do seu regime jurídico). Assim, respondem objetivamente por danos que seus agentes (equiparados a servidores públicos) causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º), como também são obrigadas a prestar contas da administração ou gestão dos recursos que tiverem recebido. Seus dirigentes respondem por improbidade administrativa e seus atos podem ser questionados por mandado de segurança ou ação popular (desde que atinentes ao exercício da função pública).

7 SÚMULA DO STF

Súmula 516:

O Serviço Social da Indústria — SESI — está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual.

Quadro sinótico – Entes de cooperação, paraestatais

1. Características	— não integram o Estado (1º Setor) e não exploram atividades econômicas (2º Setor). Denominadas entidades do 3º Setor; — Atuam paralelamente ao Estado e à Administração; — Constituídas pelo Setor privado; — Sem fins lucrativos.
2. Serviços Sociais Autônomos	Exs.: SESC, SENAI, SESI.
3. Ordens e Conselhos. São entidades de fiscalização das profissões	Exs.: CREA.
4. Organizações Sociais (OS)	Ex.: Casas de misericórdia e "santas casas".
5. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).	Atuam por meio de termo de parceria.
6. Fundações e Entidades de Apoio a Instituições Oficiais de Ensino Superior.	Exs.: FIPE e FUVEST.
7. Súmula do STF – 516	

Capítulo VII
TERCEIRO SETOR

1 INTRODUÇÃO

A atuação da sociedade civil organizada e o relacionamento das entidades privadas com a Administração Pública têm merecido grande expansão nas últimas décadas. Interessam ao direito administrativo, sobretudo, as formas de convivência da Administração e essas entidades filantrópicas, o seu papel de fomento e os mecanismos de controle.

A expressão *TERCEIRO SETOR*, que não provém das ciências jurídicas, mas de outras ciências sociais (sociologia), quer indicar o conjunto de organizações não governamentais criadas para o desempenho de atividades socialmente relevantes. É empregada nos Estados Unidos (*Third Sector — Non Profit Organizations*) para identificar as entidades privadas e sem fins lucrativos.

Como visto no capítulo anterior ao estudarmos as chamadas paraestatais, o primeiro setor se confunde com o Governo ou o Estado, que detém poder político; o segundo setor, com o mercado, a iniciativa privada e a exploração de atividades econômicas (a produção, a circulação de bens e a prestação de serviços). O terceiro setor, por fim, com as organizações, entidades criadas pelos setores da sociedade civil, orientadas à consecução de fins sociais ou públicos, porém sem fins lucrativos e sem integrarem a estrutura organizacional do Estado.

A importância social e jurídica dessas entidades privadas é intensa. Atuam como interlocutores da sociedade civil, estabelecem laços de solidariedade, alimentam o voluntariado e, com isso, ajudam a construção de uma nova realidade social, além de construírem novos patamares de vida democrática. Interferem decisivamente na vida em sociedade e exigem do Estado novas posturas políticas, como o reco-

nhecimento de políticas sociais, a prevalência de direitos fundamentais, a defesa de interesses ou direitos difusos e coletivos.

Na defesa do meio ambiente, dos consumidores, das pessoas com deficiência são já históricas as intervenções positivas dessas entidades privadas, porém de cunho social.

Ao Estado cumpre, sobretudo, o desempenho da atividade de fomento, de incentivo à criação e atuação dessas entidades, mas deve fazê-lo com respeito aos princípios próprios do regime jurídico da Administração, sem prejuízo, portanto, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A ausência de controle estatal, a concessão indiscriminada de repasses de recursos e a celebração de ajustes administrativos (os contratos de gestão, os termos de parceira — *v*. Capítulo VI) podem pôr a perder a importância social dessas entidades, manejadas com propósitos ilícitos.

No Brasil, desde a *reforma do Estado* iniciada há mais de quinze anos e que implicou a adoção de políticas de *desestatização*, *desregulamentação* e *privatização*, ampliou-se o espaço de atuação dessas entidades, favorecidas com o surgimento de novos institutos jurídicos (por exemplo, os contratos de gestão e os termos de parceria).

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Terceiro Setor designa o conjunto de entidades privadas, dotadas de autonomia e personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas para o desempenho de atividades sociais.

São entidades, organizações, de interesse social, como as associações, as fundações de direito privado, que detêm personalidade jurídica própria (de direito privado), administração própria, fomentam o voluntariado e cumprem papel social de relevo, as componentes desse Setor. Não são públicas e não exploram atividades econômicas.

Dentre as principais características figuram:

a) personalidade jurídica de direito privado;

b) autonomia administrativa;

c) autonomia financeira;

d) patrimônio próprio;

e) finalidade social (defesa do meio ambiente, das populações de baixa renda, dos consumidores, da criança e do adolescente, dos direitos da mulher, dos direitos dos indígenas etc.);
f) criação por vontade da sociedade civil e independentemente do Estado (não integram a Administração Pública).

2.1. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA

A atuação das entidades do Terceiro Setor é primordial para a efetivação dos valores democráticos, para mudança de paradigmas e para a consecução de interesses sociais.

Porque atuam descompromissadas com o interesse lucrativo ou especulativo e não detêm poder político, mas social, atuando como instrumentos legítimos de pressão e de tutela dos interesses coletivos em sentido amplo, essas entidades são fundamentais para o associativismo, para a autodefesa da coletividade, para o voluntariado.

O "Terceiro Setor tem um caráter estratégico da maior importância no âmbito de qualquer sociedade que se preocupe com o desenvolvimento social e a consolidação de valores democráticos, pluralistas, comprometidos com a solidariedade humana e o sentido de comunidade. No Brasil, apesar da forte presença do Estado, a ineficiência deste abre espaços para muitas outras iniciativas", como anota o professor José Eduardo Sabo Paes (*Fundações e entidades de interesse social*: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 62).

A atuação não deve ser orientada pelo assistencialismo simplesmente, mas para a construção de uma sociedade civil organizada, justa e solidária.

2.2. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O princípio está também relacionado com a formação e atuação do dito Terceiro Setor porque exige do Estado a não intervenção em áreas capazes de serem atendidas pela própria sociedade civil, como dele também exige o fomento ou apoio para a atuação coordenada dessas entidades sociais.

O princípio foi identificado para a proteção da autonomia privada e da sociedade civil contra qualquer forma de intervenção injustificada do Estado.

A sua origem é atribuída à Doutrina Social da Igreja Católica, achando-se implícito na Encíclica *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII, em 1891) ou decorrente das Encíclicas *Quadragesimo Anno* (Papa Pio XI, em 1931) e *Mater et Magistra* (Papa João XXIII, em 1961) e, ainda, *Centismo Anno* (Papa João Paulo II, em 1991). A última afirma: "Uma estrutura social de ordem superior não deve interferir na vida interna de um grupo social de ordem inferior (...), senão que deve apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar sua ação com os demais componentes sociais, com vistas ao bem comum". O Estado, assim, deve fomentar a atuação da sociedade civil, apoiando-a ou ajudando-a e coordenando suas ações com a própria sociedade e para a consecução do interesse público primário.

2.3. FOMENTO ESTATAL

Entre as atividades administrativas figura o *fomento*. As funções administrativas podem ser as mais variadas, como o exercício dos poderes (deveres) administrativos, a prestação de serviços públicos, as formas de intervenção na propriedade e na ordem econômica, mas é do fomento que resulta incentivo ou não à atuação das entidades do Terceiro Setor.

Toda atividade administrativa, em regra, visa alcançar um resultado específico e que deve ser, em sentido amplo, correspondente ao interesse público. Deve atender a uma necessidade individual ou coletiva e sem causar prejuízo ao interesse social. A atividade administrativa também é exercida, como vimos anteriormente ao tratarmos das diferenças entre as funções estatais, de forma direta, concreta e para imediatamente satisfazer as necessidades públicas ou privadas. A Administração atua para atingir um dado resultado.

Há, porém, modo de atuação indireta ou mediata. O Estado age para, de modo indireto, alcançar um certo resultado desejado e sem que faça uso de suas prerrogativas públicas, de coação, apoiando a atuação de terceiros.

A "atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vistas a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos", como aponta Sílvio Luís Ferreira da Rocha (*Terceiro setor*, 1. ed., 2003, São Paulo: Malheiros, p. 19).

As atividades de fomento podem ser classificadas como:

a) *positivas* — concessão de vantagens a particulares que atuem ou exerçam dadas atividades de interesse social;

b) *negativas* — estabelecimento de obstáculos, aumento da carga tributária, modos indiretos de fazer cessar atividades privadas inoportunas.

O fomento pode implicar a concessão de financiamentos, auxílios financeiros, subvenções, favores fiscais. Pode ser também classificado em *econômico, honorífico e jurídico* (*v*. Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, cit., p. 22-27). O deferimento de *subvenções* tem sido o principal instrumento de fomento estatal.

O fomento econômico pode ser *real* ou *financeiro*, que se subdivide em *direto* ou *indireto*, mas também pode ser:

a) *econômico* — transferência, por doação, concessão ou permissão de uso de bens, equipamentos etc. (*fomento econômico real*) ou concessão de financiamentos, repasses de recursos (*fomento econômico financeiro direto*) e, ainda, concessão de isenções ou imunidades tributárias (*fomento financeiro indireto*);

b) *honorífico* — concessão de homenagens, títulos, distinções, condecorações com o propósito de oferecer público reconhecimento e de incentivar o exemplo (título de cidadão honorário etc.). A concessão de honrarias pelo Poder Público há de respeitar os princípios decorrentes do regime republicano e não pode servir a propósitos outros. A concessão de comendas, honrarias, títulos de modo injustificado não se coaduna com a República. No Brasil, não raro, mais se manifesta com um resquício monárquico em período republicano e não se presta a qualquer fim socialmente relevante;

c) *jurídico* — concessão de uma condição jurídica privilegiada (de utilidade pública, por exemplo), capaz de permitir vantagens econômicas (maior arrecadação de contribuições, por exemplo).

Cabe a crítica de Ferreira da Rocha porque, em verdade, toda forma de fomento é, antes, jurídica (*Terceiro setor*, cit., p. 22).

3 ENTIDADES DE UTILIDADE PÚBLICA OU DE INTERESSE SOCIAL

A concessão do título de entidade de "utilidade pública" importa no reconhecimento estatal de que a pessoa jurídica de direito privado desempenha função socialmente relevante e, por isso, é merecedora de tratamento jurídico distinto das demais entidades privadas.

Para que a entidade possa usufruir de vantagens decorrentes da obtenção do título deve atender a certos requisitos impostos pela lei local. No âmbito federal, a matéria está disciplinada pela Lei n. 91, de 1935, e pelo Decreto n. 50.517, de 1961. A outorga é de competência do Ministério da Justiça e a entidade deve atuar "de forma desinteressada", não explorar atividades lucrativas, oferecer seus serviços de forma indiscriminada a toda a sociedade e não remunerar seus diretores ou dirigentes. Desde outubro de 2007, após a criação do Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública junto à Secretaria Nacional de Justiça (do Ministério da Justiça), a inscrição passou a ser feita por intermédio desse órgão.

O título não garante o repasse de recursos públicos ou representa ônus para o Estado, mas pode garantir à entidade vantagens econômicas significativas (como a dedução fiscal no IR). Ainda no âmbito federal, o título é condição para que a entidade seja reconhecida como "beneficente".

Entre os direitos advindos da concessão do título estão:

a) recebimento de recursos públicos;
b) recebimento de receitas de loterias federais;
c) isenção de contribuição patronal;
d) dedução fiscal por doações recebidas etc.

A própria Constituição Federal declara a isenção de contribuição para a seguridade social para as entidades "beneficentes de assis-

tência social que atendam às exigências estabelecidas em lei". Para o STF, em verdade, a Constituição declara uma imunidade, e não mera isenção (RMS n. 22.192-9/DF).

O Distrito Federal, os Estados e os Municípios têm competência para legislar sobre a matéria e disciplinar as hipóteses de concessão do título.

3.1. FINALIDADE NÃO LUCRATIVA

Entre as exigências para a outorga do título figura sempre a ausência de finalidade lucrativa para a entidade privada. É preciso distinguir "atividade" lucrativa de "finalidade lucrativa" e do que pode ser tido por lucro.

O lucro corresponde ao valor excedente ao custo pelo exercício de uma atividade, de um produto ou serviço prestado. A entidade componente do Terceiro Setor pode comercializar bens e prestar serviços remunerados e, por isso, deverá experimentar algum lucro (o comércio de camisetas, livros, cartilhas, as campanhas que usualmente realizam). A entidade não poderá, entretanto, dividir os valores arrecadados entre seus dirigentes ou administradores, porque a finalidade institucional não pode ser lucrativa. Da atividade, sim; da finalidade, não. Os salários devidos aos que atuam na entidade privada, por fim, não representam obtenção de lucro, mas de remuneração por serviços prestados e, também por isso, não violam a proibição da finalidade não lucrativa.

Não basta que a entidade tenha sido constituída com o propósito não lucrativo, é fundamental que não apresente superávit em suas contas ou que todos os seus resultados positivos sejam aplicados exclusivamente na sua manutenção e incremento de seus objetivos sociais, ou considera-se não lucrativa a "entidade que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores, eventuais excessos operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objetivo social" (Lei n. 9.790, de 1999).

3.2. FILANTROPIA

Expressão usualmente empregada no contexto do Terceiro Setor, indica a missão institucional vocacionada à ajuda ao próximo e independentemente de qualquer ônus, contribuição ou pagamento. A entidade filantrópica é a que compromete o seu próprio patrimônio, sua renda ou receita e presta, gratuitamente, serviços em benefício de outrem. Por isso, nem toda entidade sem fins lucrativos é também filantrópica. A Constituição Federal, no art. 199, § 1º, quando declara a possibilidade de participação de instituições privadas no Sistema Único de Saúde (atuação de forma complementar), estabelece distinção entre "entidades filantrópicas" e "as sem fins lucrativos".

Pode-se compreender que todas são "beneficentes" (gênero) do qual decorrem as duas espécies: *sem fins lucrativos* e *filantrópicas.*

Entidade filantrópica é "aquela que atua em benefício de outrem com dispêndio de seu patrimônio, sem contrapartida ou, em outras palavras, pelo atendimento sem ônus direto do beneficiário".

3.3. VOLUNTARIADO

Serviço voluntário é o prestado por pessoa física à entidade privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, operado sem o reconhecimento de vínculo empregatício e sem remuneração direta pelas atividades executadas. A Lei n. 9.608, de 1998, também admite o serviço voluntário prestado "a entidade pública de qualquer natureza". O vínculo, que não tem natureza empregatícia, é decorrente de "adesão" firmada entre o particular e a entidade pública ou privada integrante do Terceiro Setor. Do vínculo não decorrem obrigações trabalhistas, previdenciárias, mas as entidades podem ser obrigadas à reparação das despesas realizadas no desempenho de atividades voluntárias.

4 ESPÉCIES

As formas possíveis de constituição de uma entidade do Terceiro Setor são: a) associações; b) fundações de direito privado. Ambas são instituídas na forma admitida pelo direito civil: associações (CC, arts.

44 a 61); fundações (CC, arts. 62 a 69). Os partidos políticos, os sindicatos e as sociedades cooperativas, todos com personalidade jurídica de direito privado, porque perseguem fins específicos e sofrem regulação estatal diferenciada, não devem ser tidos como integrantes do Terceiro Setor, conquanto dele sejam emergentes.

É possível identificarmos algumas distinções relevantes.

Quanto à finalidade: as associações prestam-se aos fins estabelecidos pelos fundadores e que podem ser modificados por vontade própria; as fundações, ao contrário, são constituídas para fins específicos (religioso, moral, cultural ou assistencial) e de forma perene.

Quanto ao modo de constituição: as associações por deliberação em assembleia geral, transcrita em Ata; as fundações, instituídas por escritura pública ou testamento, condicionados à manifestação do Ministério Público (Ministério Público do local onde situada a fundação; no Distrito Federal, a atribuição é do Ministério Público do Distrito Federal, e não do Ministério Público Federal, ao contrário do que prescreve o art. 66 do CC — *v*. Capítulo V, item 4 — Fundações, acerca das fundações instituídas pelo Poder Público e integrantes da Administração Indireta).

Quanto à administração: as associações são geridas segundo seus atos constitutivos e na forma admitida por seus associados; as fundações, geridas na forma desejada pelo instituidor, inscritas na escritura ou testamento e fiscalizadas pelo Ministério Público.

5 OS E OSCIP

Vimos anteriormente que dentre os entes de cooperação, ditos paraestatais, há as chamadas Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OS e OSCIPs). São, como visto, entidades do Terceiro Setor que se diferenciam das demais porque estabelecem vínculo jurídico diferenciado com o Poder Público. Contrato de gestão ou termo de parceria, respectivamente a cada uma.

Não perdem a condição de entidades privadas sem fins lucrativos, mas passam a conservar rótulo próprio que as diferencia das demais.

Do exposto, decorrem as seguintes características para essas entidades:

a) personalidade jurídica de direito privado;
b) finalidade não lucrativa (não pode gerar lucro para as pessoas físicas que nela atuam, ainda que possam remunerar seus empregados, dirigentes, administradores);
c) atuar em áreas socialmente relevantes e contempladas na lei que permite a outorga do título:

— OS (no âmbito federal, ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, cultura e saúde — Lei n. 9.637/98);

— OSCIP (segundo a Lei n. 9.790, de 1999, todas que não mantenham vínculo com as entidades que enumera). Não podem qualificar-se como OSCIPs: *sociedades comerciais; sindicatos; as associações de classe ou de representação de categoria profissional; as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo*, ainda, *instituições que comercializem planos de saúde; hospitalares; dedicadas ao ensino formal não gratuito; as cooperativas; as fundações públicas; as associações criadas por órgãos públicos ou por fundações públicas; as que tenham qualquer vínculo com o Sistema Financeiro Nacional*.

A qualificação dessas entidades privadas como OS ou OSCIP deve observar a legislação local, pois a matéria diz respeito à regulamentação de serviços públicos titularizados por cada ente federado.

6 CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES DE UTILIDADE PÚBLICA

Não raro toma-se conhecimento da malversação de recursos públicos confiados a entidades do Terceiro Setor. Não é incomum denúncias que dão conta da apropriação em benefício próprio dos valores repassados para o desempenho das atividades supostamente sociais. Há necessidade de o Estado aperfeiçoar os seus mecanismos de controle e fiscalização e, nesse sentido, em 15 de outubro de 2007, foi criado o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública pelo Ministério da Justiça. O cadastro cumpre uma das metas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro —

ENCCLA, sendo obrigatório para todas as OSCIPs qualificadas pela União, todas as entidades declaradas como de "utilidade pública" pelo Ministério da Justiça e, ainda, todas as entidades estrangeiras de direito privado sem fins lucrativos com atuação no Brasil.

A obtenção daqueles títulos (de OSCIP ou de utilidade pública) passou a ser realizada por intermédio do Cadastro Nacional, mantido pela Secretaria Nacional de Justiça.

7 CONTROLE

As entidades componentes do Terceiro Setor somente se submetem aos mecanismos de controle externo aplicáveis ao setor privado (veja-se, a Constituição impede o controle positivo realizado pelo Estado — art. 5º, XXXIII).

As entidades qualificadas como OS ou OSCIP e que tenham celebrado, respectivamente, o contrato de gestão e o termo de parceria, no entanto, passam a também admitir os instrumentos de controle próprios do direito público, como a fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas. Seus dirigentes, porque manejam recursos públicos, podem responder por atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92); seus atos jurídicos, quando praticados no exercício de função pública que lhes tenha sido delegada, admitirão o mandado de segurança, sem prejuízo do ajuizamento, desde que presentes os requisitos constitucionais, da promoção da ação popular.

As OS e OSCIPs podem ser desqualificadas sempre que deixarem de preencher os requisitos necessários para a qualificação ou atuarem de modo contrário ao estabelecido no ajuste (contrato ou parceira). A desqualificação deve ser decidida em processo administrativo e de competência do ente federado que as tenha outorgado a qualificação. A desqualificação também poderá ser decidida em processo judicial movido pelo Ministério Público. Interessa notar que qualquer pessoa pode representar ao Ministério Público para esse fim. A Lei n. 9.790, de 1999 (OSCIP), na forma disposta pelo Decreto n. 3.100, de 1999 (art. 4º), prevê expressamente a possibilidade de a desqualificação ser decidida em processo judicial, silenciando a Lei n. 9.637/98 (OS). No entanto, temos que, por simetria, a ambas a solução será possível.

Quadro sinótico – Terceiro setor

1. Conceito	— designa o conjunto de entidades privadas, dotadas de autonomia e personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas para o desempenho de atividades sociais. Características: *a)* personalidade jurídica de direito privado; *b)* autonomia administrativa; *c)* autonomia financeira; *d)* patrimônio próprio; *e)* finalidade social; *f)* criação por vontade da sociedade civil, independente do Estado; *g)* não integram a Administração Pública. Exs.: OS, OSCIP.
2. Princípio da Subsidiariedade	— exige do Estado a não intervenção em áreas capazes de serem atendidas pela própria sociedade civil, como dele também exige o fomento ou apoio para a atuação coordenada dessas entidades sociais.

Capítulo VIII
PODERES ADMINISTRATIVOS

1 PODER-DEVER

Poder sugere autoridade, uso de prerrogativas, porém segundo o desejo de seu detentor. Para a Administração Pública não é assim. Poder corresponde, ao mesmo tempo, a dever. *Poder-dever*. Há inteira subordinação do poder em relação ao dever, tanto que aquele não pode ser exercido livremente, sujeitando-se sempre a uma finalidade específica. A possibilidade de a Administração fazer valer a supremacia do interesse público, impor condições ao exercício de direitos, atividades individuais, impor obrigações ou estabelecer normas (ainda que de natureza administrativa) revela os tais "poderes" administrativos.

A função administrativa deve ser exercida, porém, nos limites e na forma da lei e do direito. O agente há de reunir competência para a prática do ato, a finalidade há de ser aquela imposta na lei que autoriza a atuação, os motivos devem ser verdadeiros e aqueles presumidos na norma, o objeto há de ser lícito e a forma não vedada pelo direito ou a imposta na lei. Assim, o uso do poder será lícito para a Administração.

O seu uso de maneira ilícita encerra o abuso do poder e a ilegalidade do ato praticado. O uso ilegal pode advir da *incompetência do agente*, do *distanciamento da finalidade* do ato ou, ainda, da sua *execução equivocada*. Assim, tem-se o ato ilegal por *excesso de poder* e *desvio de finalidade* e o abuso de poder por *irregular execução do ato*. Igualmente abusiva será a omissão administrativa, especialmente quando do silêncio indevido decorrer a violação de direitos.

Pode-se dizer que o abuso do poder correspondente ao gênero e dele são espécies: **a)** o excesso de poder; **b)** o desvio de finalidade; **c)** o abuso por irregular execução do ato; **d)** o silêncio administrativo.

Há excesso de poder sempre que desrespeitada regra de competência (o agente público não detém competência para a prática do ato;

o agente, embora competente para outros atos, aquele não poderia ter praticado). Viola-se a regra de competência (um dos requisitos de validade do ato administrativo). Não se confunde com a usurpação de função pública (crime passível de cometimento apenas por particulares, e não por agentes públicos).

Há *desvio de finalidade* sempre que o ato for praticado com finalidade diversa da estatuída pela lei (se a desapropriação é decretada não porque o bem imóvel do particular encerra alguma utilidade social, mas para satisfazer ao desejo de seu proprietário).

Havidos por desvio de finalidade, os atos são ilegais necessariamente; se decorrentes de excesso, podem ser mantidos os seus efeitos, desde que afastados aqueles que excedem a norma legal (aplica-se o princípio geral: não se anula o todo em razão de nulidade da parte — CC, art. 184).

O abuso do poder por irregular execução do ato é encontradiço na convalidação do ato jurídico administrativo em ato concreto, material. Assim, se o agente, embora competente, atua com abuso de autoridade, terá havido abuso do poder. O ato jurídico não será necessariamente nulo, mas seu executor (que o fez de forma abusiva) responderá pela atuação ilegal (responsabilidade civil, criminal e administrativa).

O *silêncio administrativo* (que retrata uma *omissão indevida*) também pode gerar a indevida violação de direitos e retratar, por fim, uma das espécies possíveis de abuso. Nesse caso, porém, a ação judicial não almejará a invalidação do ato, porque não praticado, mas a supressão da omissão indevida. O mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX, e Lei n. 1.533/51), a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, e Lei n. 4.711/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85) podem questionar, judicialmente, os atos praticados com desvio e com abuso de poder.

A omissão administrativa, como um fato jurídico administrativo que é, pode produzir efeitos jurídicos indesejados (exemplo: a Administração não defere ou indefere um pedido de certidão e o silêncio pode restringir um determinado direito individual ou coletivo). A omissão que desrespeitar súmula vinculante do STF (contrariar o seu enunciado, negar-lhe vigência) permite a propositura de *reclamação* perante o STF (Lei n. 11.417/2006). Nesse caso, caberá ao STF de-

terminar à Administração a execução do ato (mandamental). Em qualquer caso, a omissão pode exigir também a responsabilização do Estado e do agente público omisso.

De relevo notar que do excesso pode decorrer a invalidação do ato praticado pelo agente incompetente; do desvio também pode decorrer a invalidação do ato; já na hipótese excesso na execução do ato, este permanecerá válido, porém o Estado e o agente poderão ser responsabilizados. No caso de omissão, porque não há ato (mas um fato jurídico administrativo), restará ao Judiciário ordenar que seja praticado suprindo-se o comportamento omissivo.

2 PODERES ADMINISTRATIVOS EM ESPÉCIE

Conquanto possam ser estudados separadamente, porque interessam a capítulos e institutos diversos, os chamados poderes administrativos são usualmente apresentados como *vinculado* e *discricionário* (tocam aos atos administrativos), *hierárquico* e *disciplinar* (tangem à Administração Pública), *regulamentar (normativo)* e *de polícia*. O estudo conjunto desses poderes ou atribuições atende à finalidade didática do presente estudo.

2.1. PODER VINCULADO

A Administração não é liberta da absoluta influência da lei, significando que a sua atuação somente é lícita se conforme ou correspondente ao comando legal. A atividade administrativa será vinculada, assim, se o regramento legal impuser todas ou quase todas as exigências para a atuação, ordenando a competência, a finalidade, o motivo e o objeto de forma impositiva e cogente.

2.2. PODER DISCRICIONÁRIO

Como contraposto da atividade inteiramente vinculada à lei, há situações em que o legislador faz contemplar alguma liberdade para o administrador, concedendo-lhe a discricionariedade. O poder discricionário é exercido sempre que a atividade administrativa resultar da opção, permitida pela lei, realizada pelo administrador.

Discricionariedade absoluta, porém, não há. A atividade administrativa está sempre vinculada ao fim a que se destina e a eleição de opções somente decorre de concessão legal. Como resultante desse poder, o agente elege a opção que melhor atende ao interesse público no caso concreto, e somente assim agirá se a lei expressamente contemplar mais de uma possibilidade de ação. Esclarece com precisão a questão Fritz Fleiner, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Pelo poder discricionário que lhe outorgou o legislador, a autoridade administrativa há de determinar como pertinente, entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor responde no caso concreto à intenção da lei" (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 663, nota de rodapé 2).

A discricionariedade, assim, jamais dirá respeito à finalidade, à forma e, por óbvio, à competência para a prática do ato, porquanto esses requisitos da atuação válida sempre são gizados pela lei. Da discricionariedade resulta ao administrador liberdade para, na forma da lei, decidir quanto à conveniência e oportunidade da atuação administrativa. O agente público, assim, é quem deve decidir, em razão da situação fática ou jurídica, como e em que momento deve atuar, fazendo-o para melhor alcançar o fim exigido em lei. A discricionariedade tanto pode ser expressamente concedida em lei como pode decorrer do emprego de conceitos jurídicos indeterminados utilizados pelo legislador. Como a discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, a apreciação da conveniência e oportunidade não se realizam segundo o interesse privado ou do próprio agente, mas segundo o interesse público. Adiante examinaremos os atos administrativos (Capítulo IX).

2.3. PODER HIERÁRQUICO (PRINCÍPIO DA HIERARQUIA)

É o que detém a Administração para a sua organização estrutural, o que escalona seus órgãos e reparte suas funções, definindo, na forma da lei, os limites de competência de cada um. Dele decorrem algumas prerrogativas: delegar e avocar atribuições, dar ordens, fiscalizar e rever atividades de órgãos inferiores. Não são admitidas delegações de atribuições privativas (a sanção presidencial, o veto, a nomeação do pro-

curador-geral da República: atos privativos do Presidente da República), assim como não se admite a recusa de funções delegadas (há dever de obediência), salvo se não permitida ou contrária à lei. Ao delegante não caberá qualquer responsabilização pelo ato praticado (*RDA*, 96/77), visto que o delegado não age em nome do delegante, mas no exercício da competência que recebeu, e não se confunde com a delegação de atribuições de um poder para outro, para a qual incide vedação constitucional. A delegação pode decorrer de portaria, decreto ou qualquer outro ato de efeitos internos.

2.4. PODER DISCIPLINAR

Corresponde ao dever de punição administrativa ante o cometimento de faltas funcionais ou violação de deveres funcionais por agentes públicos. Não permite, assim, o sancionamento da conduta de particulares e não se confunde com o exercício do *jus puniendi* de que é titular o Estado. Decorre do poder hierárquico, do dever de obediência às normas e posturas internas da Administração. Doutrinadores apresentam o poder disciplinar como sendo exercício de faculdade da Administração, sendo então discricionária a sua aplicação. Tal não é verdadeiro; há dever na apuração e sancionamento da conduta afrontosa dos deveres funcionais, podendo incidir discricionariedade apenas na escolha da sanção a ser imposta. A apuração de qualquer falta funcional, ou a aplicação do princípio, exige sempre a observância de procedimento legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório (CF, art. 5º, LV). Não há apuração de responsabilidade administrativa por verdade sabida. A punição sempre depende de procedimento administrativo e a eleição da sanção deverá estar conformada com a falta praticada. Admite-se a revisão judicial da sanção imposta sempre que não concorrerem requisitos de validade (a motivação, notadamente).

2.5. PODER REGULAMENTAR

Também denominado "normativo", o poder regulamentar confere ao chefe do Executivo a possibilidade de, por ato exclusivo e privativo, editar normas (regulamentos ou decretos) complementares à lei para o fim de explicitá-la ou de prover a sua execução. A Constituição Federal confere ao Presidente da República tal poder (art. 84,

IV e VI), que, por força do *princípio da simetria*, é também estendido aos demais chefes do Poder Executivo (governadores e prefeitos). Os regulamentos (atos normativos) podem ser executivos (quando viabilizam a execução da lei) e independentes ou autônomos (quando disciplinam matéria não contemplada em lei). O poder normativo, no entanto, não pode ser exercitado *contra legem*, atendo-se ao sistema constitucional e ao comando legal. Os atos dele resultantes (decretos, regulamentos) são considerados leis em sentido material, sujeitando-se à mesma técnica de apresentação e às mesmas regras de vigência. Os regulamentos são aprovados, usualmente, por decretos.

Como visto, há duas espécies de regulamentos ou de decretos: os *de execução* e os *independentes* ou *autônomos*. Em princípio, o sistema pátrio não admitia o exercício do poder regulamentar para o fim de disciplinar matéria não prevista em lei, remanescendo apenas a possibilidade de edição de decretos de execução. No entanto, a Emenda Constitucional n. 32, de 2001, deu nova redação ao art. 84, VI, *a* e *b*, permitindo que, por decreto, o Presidente da República disponha sobre "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos", e "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos", remanescendo também a possibilidade de editar decretos e regulamentos para garantir a "fiel execução" de leis (CF, art. 84, IV). Antes da inclusão ordenada pela Emenda Constitucional n. 32, prevalecia o entendimento que afastava a possibilidade dos decretos autônomos, registrando-se inclusive decisões dos Tribunais Superiores. O STF decidiu, por exemplo, que, no exame de "decreto autônomo, se o seu conteúdo confronta com a lei, a questão fica restrita no âmbito da legalidade, não podendo, por isso, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade" (ADIn 1.339/BA, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15-2-1996). Também o STJ considerou inexistente o decreto autônomo: "Como no ordenamento jurídico brasileiro não existe o 'decreto autônomo', mas tão somente o decreto para a fiel execução de lei, padece de ilegalidade o Decreto..." (REsp 156.858/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 20-10-1998). Assim, da competência deferida pelo art. 84, IV, o chefe do Executivo pode editar decretos de execução; da competência extraída do inciso VI do mesmo artigo, pode editar decretos independentes ou autônomos. Ambos convivem com

o princípio da legalidade (*v*. Capítulo III, item 1.1) e guardam respeito ao sistema constitucional. O controle dos atos normativos do Executivo pode ser realizado pelo Legislativo (CF, art. 49, V) ou pelo Judiciário, seja em sede de controle de constitucionalidade (desde que o ato seja autônomo ou independente — por violação direta da CF), seja em sede de controle de legalidade (ato de execução — por violação da lei regulamentada). O controle jurisdicional, assim, tanto se dá pelas vias ordinárias como pode ensejar o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção (falta da norma regulamentadora) etc.

2.6. PODER DE POLÍCIA

Atribuição (ou poder) conferida à Administração de impor limites ao exercício de direitos e de atividades individuais em função do interesse público primário. Também é chamado de "polícia administrativa". Decorre da supremacia do interesse público em relação ao interesse do particular, resultando limites ao exercício de liberdade e propriedade deferidas aos particulares.

Assim, o exercício de direitos individuais deve atender ao interesse público, ao bem-estar social, sujeitando-se a imposições oriundas da Administração. É o que ocorre para o exercício de profissões, instalação e funcionamento de lojas comerciais, e mesmo para as construções residenciais ou comerciais. Nessas hipóteses, necessariamente, o interessado deverá postular a obtenção de ato administrativo que retrate a possibilidade, à vista do interesse público, de exercer seu direito. A atuação do poder de polícia, que não se confunde com polícia judiciária e a repressiva de delitos, será exteriorizada pela concessão de licença ou de autorização concedidas por alvará.

A finalidade do poder de polícia é a defesa do bem-estar social, a proteção do interesse da coletividade, ou mesmo do Estado, encontrando limites nos direitos fundamentais assegurados no texto constitucional, e sendo sempre questionável perante o Judiciário, notadamente nas hipóteses de desvio de finalidade, abuso ou excesso de poder. Na contenção do exercício do poder de polícia atuam, sobretudo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.6.1. ATRIBUTOS

A atuação administrativa é dotada, por vezes, de atributos que buscam garantir certeza de sua execução e verdadeira prevalência do interesse público. São três: *discricionariedade* (a lei concede ao administrador a possibilidade de decidir o momento, as circunstâncias para o exercício da atividade — concede-lhe oportunidade e conveniência a seu juízo); *autoexecutoriedade* (o ato será executado diretamente pela Administração, não carecendo de provimento judicial para tornar-se apto); e *coercibilidade* (ao particular a decisão administrativa sempre será cogente, obrigatória, admitindo o emprego de força para seu cumprimento).

Os atributos podem ou não estar presentes, conforme a modelagem ofertada pela lei à atuação administrativa. Assim, nem todos os atos decorrentes do poder de polícia serão, necessariamente, discricionários, porquanto é factível que a lei previamente estabelece modos de obtenção, pelo particular, do ato resultante da atuação, não concedendo ao agente público outra opção que não seja o deferimento, como ocorre, por exemplo, com as licenças para a edificação residencial se o detentor do domínio satisfaz todas as exigências legais a serem cumpridas pelo particular. Também não há autoexecutoriedade em todas as manifestações derivadas do poder de polícia; a lei concede o atributo permitindo a execução pela via administrativa. Não há autoexecutoriedade sempre que a decisão somente se materializar pelo concurso do Judiciário, como ocorre na execução de multas não pagas. Pode-se, no entanto, compreender que a autoexecutoriedade significa a possibilidade de a Administração decidir (impondo uma obrigação, por exemplo) e a possibilidade de ela própria executar a sua decisão, ou seja, tornar exigível (o que sempre ocorre) e executar o seu ato (o que depende da lei ou da situação emergencial concreta). A coercibilidade, por fim, estará sempre presente, já que indissociável da autoexecutoriedade.

A autoexecutoriedade afasta a necessidade de observância, para a edição e efeitos do ato, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, visto ter-se a prevalência do interesse público (nesse sentido, *RT*, *692*:77).

A fiscalização exercida pela Prefeitura Municipal em bares e restaurantes, por exemplo, decorre do exercício do poder de polícia.

Fácil conhecer os atributos mencionados: a autoridade decide a ocasião, a oportunidade para a fiscalização, não havendo previsão legal para que ocorra naquela data e horário (há discricionariedade). Da fiscalização poderá resultar a apreensão de mercadorias impróprias para o consumo humano, e ela será executada pela Administração (autoexecutoriedade), sendo obrigatória para o particular (coercibilidade). Nem se concebe tenha o fiscal de buscar mandado judicial para apreender o produto impróprio para o consumo ou permitir ao particular que continue a comercializá-lo até que obtida a ordem judicial (são os atributos da autoexecutoriedade e da coercibilidade que garantem a certeza de cumprimento da decisão). Mas o particular poderá a qualquer tempo questionar a atuação da Administração, normalmente o fazendo por mandado de segurança com pedido liminar.

2.6.2. SANÇÕES

As sanções são, exemplificativamente, a multa (dependente do Judiciário para a sua execução), a apreensão de bens, de mercadorias, o fechamento de estabelecimento, a proibição de fabricação, a inutilização de gêneros etc. Fácil identificar a divisão possível do atributo da autoexecutoriedade. A Administração pode decidir e impor aquelas sanções (exigibilidade), mas nem sempre a lei confere a possibilidade de ela própria executar seu ato (executoriedade). A multa, por exemplo, dependerá de inscrição na dívida pública, e a sua execução dependerá do concurso do Judiciário. Meios indiretos de cobrança da multa imposta, por isso, não permitem o reconhecimento da executoriedade no ato administrador.

2.6.3. ALVARÁS DE LICENÇA E DE AUTORIZAÇÃO

O alvará constitui gênero do qual são espécies o alvará de licença (definitivo, que não pode ser recusado) e o alvará de autorização (precário, discricionário na sua concessão). A licença não pode ser negada ou recusada pela Administração sempre que o particular preencher todos os requisitos para a sua obtenção, como ocorre para a licença de funcionamento de bares e restaurantes, para a licença para construir, ou para a licença para o exercício de atividade profissional. O particular, ante a recusa ou omissão da Administração, pode valer-se

do mandado de segurança para assegurar respeito a seu direito líquido e certo. A autorização, porém, é discricionária e por isso pode ser negada ou recusada, assim como invalidada a qualquer tempo pela Administração, como ocorre na autorização para portar arma de fogo deferida ao particular ou para pesca amadora. O alvará pode ser anulado (por ilegalidade na sua concessão), revogado (por conveniência e oportunidade) ou cassado (por ilegalidade na sua execução). Assim, será invalidado por culpa do particular (cassação), em razão do interesse da Administração (revogação) e por ilegalidade (anulação).

2.6.4. LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

Ainda que dotada de discricionariedade, a atuação administrativa jamais pode divorciar-se da lei e dos fins por ela propostos. Resulta disso que o exercício do poder de polícia encontra seus limites em seu próprio fundamento, qual seja, condicionar o exercício de direitos individuais em benefício do interesse da coletividade.

Do poder de polícia não pode decorrer a concessão de vantagens pessoais ou a imposição de prejuízos dissociados do atendimento do interesse público. Por isso, há mister da observância da *necessidade, proporcionalidade* e *adequação* (eficácia), que constituem limites do poder de polícia.

Como anota o publicista Luís Roberto Barroso, o "princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade sempre teve seu campo de incidência mais tradicional no 'âmbito da atuação do Poder Executivo', sobretudo funcionando como 'medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada'" (*Interpretação e aplicação da Constituição*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 224). Por isso, o princípio da razoabilidade é um "mecanismo de controle da discricionariedade" administrativa, permitindo a invalidação de atos administrativos quando: "(a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha" (*Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p. 239).

3 SÚMULAS DO STF

Súmula 645:

É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Súmula 646:

Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

4 SÚMULAS DO STJ

Súmula 19:

A fixação de horário bancário, para atendimento ao público, é de competência da União.

Súmula 312:

No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da atuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

Quadro sinótico – Poderes administrativos

1. Poder-Dever	— Poderes para a Administração correspondem a deveres. Há inteira subordinação da Administração. O exercício é sempre obrigatório e vinculado ao interesse público – poder-dever.	
	Abuso de poder	**a)** excesso de poder; **b)** desvio de finalidade; **c)** abuso por irregular execução do ato; **d)** silêncio administrativo.
2. Poderes Administrativos em Espécie	**1.** Poder Vinculado **2.** Poder Discricionário **3.** Poder Hierárquico (Princípio da Hierarquia) **4.** Poder Disciplinar **5.** Poder Regulamentar **6.** Poder de Polícia	

2. Poderes Administrativos em Espécie	Vinculado (regrado)	— a atuação administrativa inteiramente regulada em lei ou ato normativo.
	Discricionário	— a lei concede liberdade para a atuação administrativa – motivo e objeto do ato eleitos pelo agente público. Atuação segundo a oportunidade e conveniência para a Administração.
	Hierárquico	Permite a revisão interna de atos, estabelece a subordinação administrativa – ordens, fiscalização, revisão e dever de obediência. Aplicável internamente.
	Disciplina	Permite a apuração de infrações administrativas e a aplicação de penalidades.
	Regulamentar	Permite e edição de atos administrativos normativos, como os regulamentos, regimentos, portarias e decretos.
	Poder de Polícia	Permite a fixação de restrições ao exercício de direitos individuais, segundo o interesse público e social.
		Atributos do Poder de Polícia: a) discricionariedade (nem sempre presente) b) autoexecutoriedade (apenas como a lei estabelecer ou situação fática exigir) c) coercibilidade – meios de atuação: fiscalização, ordens, proibições. Alvarás – licença e autorização. Limites: proporcionalidade, adequação, necessidade.

Capítulo IX
ATOS ADMINISTRATIVOS

1 ATOS JURÍDICOS

Ato jurídico é toda manifestação de vontade que tenha por finalidade adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Os negócios jurídicos, para que tenham validade, dependem de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104). A noção de ato jurídico é mais ampla do que a de negócio jurídico, compreendendo-se este como a exteriorização de vontade produzida com o propósito de gerar certo efeito jurídico desejado (como ocorre nos contratos).

A Administração Pública (de qualquer dos Poderes do Estado) edita atos jurídicos, ou exprime sua vontade, e esta é capaz de produzir os efeitos jurídicos mencionados. Sendo a manifestação de vontade resultante do exercício da função administrativa e o efeito dela decorrente submissos ao direito público, tem-se, em princípio, o ato administrativo. Ato jurídico corresponde ao gênero, e dele é espécie o ato administrativo.

O efeito jurídico (adquirir, resguardar, modificar direitos), porém, não decorre apenas de manifestações de vontade, mas também de acontecimentos materiais, provenientes da natureza ou alheios a qualquer comportamento humano (o falecimento, por exemplo). Por isso, à noção de *fato jurídico* podem ser associados não apenas os atos (resultantes das manifestações de vontade) como também os acontecimentos da natureza aos quais o direito atribua um resultado ou efeito jurídico. Daí que a noção de *fato administrativo* está relacionada tanto à de manifestação de vontade ordenada para a produção de um efeito jurídico (ato administrativo) como à de realização material, efetiva, da função administrativa (a apreensão de mercadorias, a construção de um edifício, o policiamento nas ruas). A omissão administrativa (o si-

lêncio indevido ante uma hipótese em que a Administração está obrigada a exprimir formalmente a sua vontade) também pode indicar a ocorrência de um *fato administrativo*.

A produção de efeitos jurídicos capazes de obrigar a Administração, portanto, pode decorrer tanto de atos jurídicos ditos administrativos (a nomeação de um servidor, por exemplo) como de um acontecimento que produza efeito jurídico (a realização de uma obra, o falecimento de um servidor). No entanto, como há fatos decorrentes de mera operação material e deles não decorrem necessariamente efeitos jurídicos (ex.: a mera limpeza urbana ou a circulação de veículos oficiais), estes podem ser tidos como *fatos da Administração*.

Os atos da Administração não compreendem apenas os atos administrativos, mas também os atos jurídicos regidos pelo direito privado (doação, compra e venda, emissão de títulos de crédito) e que podem ser praticados pela Administração Pública, ainda que primariamente sejam também submissos ao regime jurídico-administrativo:

Ato administrativo — manifestação de vontade, submissa ao regime jurídico administrativo, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes e ordenada para a produção de efeitos jurídicos (exemplo: licença para construir).

Fato jurídico — acontecimento, ocorrência natural, que produz efeitos jurídicos (exemplo: transcurso do tempo e a consequente prescrição).

Fato administrativo — acontecimento, ocorrência que permite a produção de efeitos jurídicos para a Administração Pública (exemplo: transcurso do tempo e a aposentadoria compulsória de um servidor).

Fato da Administração — acontecimento, ocorrência gerada pela Administração Pública (exemplo: execução de uma obra pública).

Entre os atos jurídicos capazes de serem praticados pelo Estado, porém, há outros e que não se submetem ao regime jurídico-administrativo, como os atos de governo ou atos políticos. Os atos de governo ou atos políticos, ainda que exprimam manifestação de vontade do Estado, porque sujeitos a regime jurídico próprio (marcados por ampla discricionariedade e sujeitos a controle diferenciado), como pensamos, não devem ser tidos como espécies de atos da Administração (nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito*

administrativo, cit., p. 87; em sentido oposto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 184). Do mesmo modo, os atos legislativos e jurisdicionais, que também retratam a atuação estatal, mas se sujeitam a regime jurídico próprio.

O conceito de ato administrativo reclama a concorrência de três pressupostos:

a) que exprima a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes;

b) que seja regido por normas de direito público (ainda que primariamente);

c) que produza um efeito jurídico de interesse público ou alcance os fins desejados pelo Estado.

Por isso, podem ser editados também por terceiros (concessionários, permissionários ou delegatários de serviços públicos), não se confundindo com meros atos de execução material (campanhas de vacinação, limpeza de vias públicas — *fatos da Administração*) ou com atos de governo (sanção, veto, iniciativa de leis), atos legislativos (leis, resoluções) ou jurisdicionais (atos processuais).

Pelo exposto, há atos administrativos (espécie de atos jurídicos) — assim entendidos *os que exprimem a vontade estatal, na forma do regime jurídico administrativo e com o objetivo de produzir efeitos jurídicos que atendam ao interesse público* — como há acontecimentos naturais, operações materiais da Administração e mesmo o silêncio da Administração com repercussão jurídica (fatos administrativos) e, por fim, meras operações materiais da Administração que não desencadeiam necessariamente a produção de efeitos jurídicos (fatos da Administração).

2 REQUISITOS OU CONDIÇÕES DE VALIDADE

Para a adequação da manifestação de vontade do Estado às prescrições da lei e a consequente produção de efeitos jurídicos válidos, os atos administrativos reclamam a observância de condições ou requisitos que lhes são próprios. A doutrina diverge. Há os que identificam a concorrência de *elementos e pressupostos* e há os que sugerem a verificação de requisitos ou condições de validade.

Adotando-se como parâmetro o que prescreve a Lei n. 4.717, de 1965 (Lei da Ação Popular), temos cinco requisitos necessários ao ato administrativo: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto.*

A falta de um dos requisitos pode levar à invalidação do ato, à sua ilegalidade ou à possibilidade de sua anulação pelo Poder Judiciário.

Competência: requisito que impõe a necessidade de o agente reunir competência legal ou regulamentar para a prática do ato. A norma deve atribuir-lhe a possibilidade (ou dever) de editar o ato, fixando os seus limites. Não é competente quem quer, mas quem a norma assim quer, na medida em que toda a atuação administrativa exige antes adequação à lei (a lei permite ou obriga a atuação administrativa). A lei define a atribuição, fixa seus limites, conferindo, pois, a competência. É o regime de subordinação da vontade do agente ao que desejou antes o legislador. Não se tratando de competência privativa, admite delegação e avocação por força da aplicação do poder hierárquico. A competência é irrenunciável (é própria do cargo, emprego ou função públicos e exprime um dever para a pessoa física), é atribuída de modo certo ou determinado e, em regra, imodificável e intransferível (as exceções admitem a delegação), como também não admite supressão pelo não exercício (é imprescritível). A prática de um ato por um agente que não detenha competência sugere a ocorrência de abuso de poder pelo excesso verificado. O excesso não se confunde com a usurpação de funções, pois esta corresponde à prática de atos por alguém que não esteja investido em função pública. O exercício de função pública sem a correspondente investidura em cargo, emprego ou função enseja o reconhecimento do chamado servidor ou funcionário de fato (o exercício de fato da função pública), e tanto pode se dar porque a investidura não existiu ou porque foi editada com vício de legalidade (anulada posteriormente). O vício de competência, assim, pode ou não invalidar o ato administrativo, a depender do efeito jurídico que dele se tenha verificado ou da eventual possibilidade de *repetição* do ato sem a verificação da mesma ilegalidade. O eventual aproveitamento dos efeitos de um ato praticado por agente que não detenha *regular* competência tem que ver com a *teoria da aparência*, com a *presunção de legalidade* presente nos atos administrativos, e se relaciona com o princípio da *segurança jurídica*.

Como visto, o exercício da função administrativa é regulado pela submissão à lei (princípio da legalidade), tem natureza de dever para o agente público, que é identificado como mero executor ou instrumento de atuação da Administração Pública. A competência pode ter origem primária (fonte primária) na Constituição ou fonte secundária em leis administrativas e mesmo em atos organizatórios da Administração. Tanto a Constituição Federal como as normas infraconstitucionais levam em conta alguns critérios objetivos para o estabelecimento da competência (como o lugar, a matéria etc.). Disso resultam, ao menos, as seguintes características próprias da *competência*:

a) não decorre de vontade do agente (decorre de norma jurídica);

b) intransferível;

c) absoluta;

d) irrenunciável;

e) imprescritível (o não uso não leva à extinção).

Pode ser atribuída em razão:

a) da matéria;

b) da posição hierárquica do agente;

c) do tempo;

d) do lugar ou do território.

Há, assim, tanto aspectos *ratione materiae* como *ratione loci* e *ratione tempi* na verificação da competência própria para a prática do ato administrativo. A perfeição do ato e a sua eficácia estão condicionadas, a saber: a) o agente tinha atribuição legal (*ratione materiae*), estava no exercício regular da função ou momento adequado (*ratione tempi*), praticou o ato no lugar prescrito (*ratione loci*). Também como visto, admite-se a delegação ou avocação, instrumentos de transferência *parcial*, *específica*, *provisória* de competência. A lei pode impedir tanto a delegação como a avocação (por exemplo: Lei n. 9.794/99, art. 13).

Finalidade: também a lei ou a norma regulamentar fixa a finalidade, que sempre será retratadora do interesse público. Por assim dizer, a finalidade sempre será pública. Jamais o agente optará ou elegerá a finalidade do ato; ela sempre será estabelecida, ainda que implicitamente, na norma de direito. Seu desvio leva à invalidação do ato e caracteriza o desvio de finalidade, outra espécie de abuso de poder.

Em sentido amplo, a finalidade sempre será o resultado correspondente às necessidades próprias do interesse público, mas em sentido estrito não é mais do que o resultado pretendido pelo legislador (a finalidade indicada na lei). O interesse público, que deve prevalecer ante o eventual conflito com o interesse privado, por vezes é apresentado de forma ampla, genérica, e dá ensejo a mais de uma interpretação ou pode ser alcançado de diferentes formas. É o que pode ocorrer, por exemplo, nas desapropriações e nas hipóteses de tredestinação (modificação de uma finalidade pública para outra finalidade pública). De forma absoluta, porém, significará violação da finalidade sempre que o ato administrativo tiver sido praticado exclusivamente para atender ao interesse privado e a partir da violação do interesse público.

A *forma*, ou forma legal, também é traçada na norma de direito, podendo ser escrita, oral ou por símbolos, signos, em especial nas hipóteses emergenciais ou de urgência. A forma escrita é, porém, usual. Autores incluem o modo de preparação do ato e a sua divulgação como expressões da forma exigida em lei e constituidora de requisito de validade do ato. Como a forma indica o modo pelo qual o ato deve ser praticado e o que ele haverá de conter, nesse requisito radica a motivação ou a justificação fática e jurídica para a prática do ato.

A forma é essencial para a adequação do ato administrativo, por ela maneja-se o controle da Administração e está relacionada ao *princípio da solenidade*. Diferentemente do que pode ocorrer no direito privado, quando basta que o ato seja praticado na forma "prescrita ou não defesa em lei", a regra no Direito Público obriga que o ato seja praticado tão somente na forma prescrita (imposta) por lei. Forma e formalidade, porém, não se confundem, e a esta pode significar mera irregularidade do ato e não a sua necessária invalidação. Se do ato tiver decorrido efeito jurídico válido, se puder ser repetido sem a repetição da mesma irregularidade ou se pudesse ter sido praticado na forma adequada, em regra, deverá ser objeto de convalidação.

O *motivo,* ou causa, corresponde à situação de direito e fática que enseja o ato e determina a sua edição. São as circunstâncias de fato e o fundamento jurídico (o fato e a base legal). Não há ato válido que não corresponda a um motivo retratador do interesse público, ou seja, o motivo é sempre obrigatório.

A descrição dos pressupostos de fato e de direito (motivação) pode ser excepcionalmente dispensável nos discricionários (por exemplo, na exoneração de ministros de Estado). A motivação, como visto, constitui elemento próprio da forma do ato e não se confunde com o motivo do ato (a causa determinante). O motivo antecede ou é concomitante à prática do ato, jamais poderá ser posterior. Se a lei não indica claramente os motivos que podem inspirar a edição do ato, deixando ao critério do administrador a identificação, tem-se o ato discricionário. A escolha dentre vários motivos possíveis corresponde à liberdade deferida pela lei.

Aplica-se a chamada "teoria dos motivos determinantes" sempre que o ato, a despeito de discricionário, contiver motivos indicados e a estes passar a ser vinculado. Assim, se apresentados motivos na feitura de um ato discricionário, a esses motivos estará ele vinculado. A inexistência ou a incorreção verídica dos motivos levará à sua invalidação. "O ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o que, se verificado ser o mesmo falso ou inexistente, deixa de subsistir" (STJ, *RSTJ*, 3/917). A violação do motivo (porque falso ou inexistente) sempre obrigará à invalidação do ato e, não raro, sugere também a prática de ilícito pelo agente (como os atos de improbidade administrativa, por exemplo).

O *objeto* corresponde ao efeito jurídico pretendido pelo ato (adquirir, resguardar direitos) e também decorre de expressa previsão legal. Para ser válido o ato deve possuir objeto lícito e moralmente aceito. O conteúdo do ato administrativo (permitir o uso de um bem público) é que identifica o seu objeto. O resultado jurídico do ato deve ser *certo, lícito, moral*. Se da lei decorrer um único *objeto* possível, o ato será vinculado, mas se a escolha do efeito jurídico depender da decisão do agente público (como, em regra, ocorre nas penalidades por infração disciplinar), o ato será discricionário.

2.1. ELEMENTOS E PRESSUPOSTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os requisitos do ato administrativo também são batizados de *elementos* e *condições de validade*. Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 333-53), no entanto, alude a

"pressupostos" e "elementos" do ato. "*Elementos do ato* são realidades intrínsecas do ato" (o conteúdo e a forma). Os *pressupostos* são de validade e de existência do ato, conforme condicionem a existência ou a "lisura jurídica do ato". Os *pressupostos de existência* são: a) *o objeto*; b) *a pertinência ou imputação da atuação ao Estado*. Os *pressupostos de validade* são: a) *subjetivo* (sujeito); b) *objetivos* (motivo e requisitos procedimentais); c) *teleológico* (finalidade); d) *lógico* (causa); e e) *formalísticos* (formalização).

De fato, se tomado o ato em si, dele haverão de constar seus elementos, e se tomado o ato na forma de sua produção e dos seus resultados, identificam-se seus pressupostos (ora de existência, ora de validade). Com apoio na lição do publicista Celso Antônio Bandeira de Mello, temos:

a) *elementos* (presentes no próprio ato): como o *conteúdo* e a *forma* do ato;

b) *pressupostos*, que serão:

b.1) *de existência*: *objeto* (o que o ato dispõe ou contém) e *pertinência à função administrativa* (deve ser imputável ao Estado, resultante do exercício de uma função administrativa);

b.2) *de validade*: *sujeito* (pressuposto subjetivo, o produtor do ato); *motivo* (pressuposto objetivo, a situação fática a ser considerada); *requisitos procedimentais* (pressuposto objetivo, o comportamento administrativo que precede o ato final); a *finalidade* (pressuposto teleológico, o resultado desejado), a *causa* (pressuposto lógico, a pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato) e a *formalização* (pressuposto formalístico, a maneira da prática do ato).

Apenas para sinalizar a importância inegável de mais essa contribuição doutrinária de Celso Antônio, e realçando a pertinência da exposição que sugere, vale notar que nem todo ato praticado por agente público é imputável à Administração (apenas quando do exercício da função), daí a *pertinência à função administrativa* apresentada como elemento de existência, como também, para que produza regulares efeitos jurídicos, deve o conteúdo do ato guardar necessária relação com o motivo que permite a sua prática, e disso decorre o pressuposto lógico da *causa*, e assim sucessivamente.

3 ATRIBUTOS

Todo ato administrativo é dotado de atributos, que lhe são peculiares: *presunção de legitimidade*, *de legalidade e veracidade,* porque se presume legal a atividade administrativa, por conta da inteira submissão ao princípio da legalidade; *autoexecutoriedade*, uma vez que será executado, quando necessário e possível, ainda que sem o consentimento do seu destinatário; *imperatividade*, ante a inevitabilidade de sua execução, porquanto reúne sempre poder de coercibilidade para aqueles a que se destina.

Os atributos possibilitam a execução imediata do ato administrativo, afastando a necessidade de concorrência de provimento judicial para que se tornem efetivos e, salvo prova em contrário, são presumivelmente legais. A presunção é relativa, admitindo prova em contrário (*juris tantum*).

A presunção própria dos atos administrativos, como visto, pode ser compreendida em três vertentes: *de legalidade* (adequação à lei); *de legitimidade* (de adequação ao interesse público ou à finalidade); *de veracidade* (de adequação dos seus motivos).

É da suposta adequação completa da manifestação de vontade estatal que decorre a possibilidade de os atos produzirem efeitos jurídicos imediatos, independentemente da concordância de terceiros e a atribuição da chamada "fé pública" reconhecível nos atos administrativos. Dizer, no entanto, que o ato é presumivelmente legal não retira da Administração o dever de produzi-lo na forma exigida ou de impor ao destinatário do ato o dever de provar o contrário. A inversão dita antes é mais da necessidade de impugnação (o particular terá que impugnar o ato) do que de produzir prova contrária. A inversão não é absoluta e nem a presunção *juris et de jure*.

A autoexecutoriedade do ato administrativo não corresponde, obrigatoriamente, à possibilidade de execução imediata pela própria Administração, retratando apenas a possibilidade (sempre presente) de a Administração, ela própria, constituir dada obrigação (tornar exigível a obrigação ou exigibilidade). A lei ou as circunstâncias, no entanto, podem conferir, a par da exigibilidade, a executoriedade ou a faculdade de a própria Administração executar materialmente a sua manifestação de vontade. Nesse sentido, *v*. Capítulo VIII, item 2.6.1.

A *imperatividade* atribuída para os atos administrativos torna-os cogentes, obrigatórios para aqueles a quem se destinam, estabelecendo para estes, independentemente de qualquer concordância, obrigações que haverão de ser adimplidas. Nem todo ato administrativo terá necessariamente *imperatividade*, pois há atos para cuja produção concorre a vontade do destinatário (como as licenças, as autorizações, as certidões etc.). Apenas dos que emanam obrigações diz-se presente o atributo.

Há quem aduza um quarto atributo, a tipicidade (nesse sentido, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 194). A *tipicidade consiste na necessária adequação da manifestação de vontade da Administração com a prévia previsão legal*, sendo direta decorrência do princípio da legalidade e reúne a natureza de garantia aos administrados. No entanto, veja-se que há possibilidade de o ato ser praticado sem que concorra direta adequação à lei que, por ser omissa, confere ao administrador margem de liberdade (como se passa em atos discricionários).

4 ATO ADMINISTRATIVO PERFEITO

O ato administrativo que reúne eficácia e exequibilidade torna-se perfeito. Conquanto possam surgir concomitantemente, a eficácia e a exequibilidade não se confundem. É eficaz o ato que satisfaz todos os requisitos para a sua existência válida; exequível é o ato capaz de produzir efeitos jurídicos. A lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI, e LICC, art. 6º). Assim, lei superveniente não produzirá necessariamente efeitos sobre atos administrativos eficazes e exequíveis, incidindo, porém, sobre o ato que dependa de condição para ser executado (ratificação, visto etc.), ou que não reúne eficácia e exequibilidade.

Do exposto resulta que o ato administrativo é considerado perfeito quando concluído, ainda que lhe falte a validade ou a eficácia. Daí que o ato pode ser:

a) *perfeito, válido e eficaz*: porque concluído, obediente às normas legais e apto para a produção dos seus efeitos jurídicos;

b) *perfeito, válido e ineficaz*: porque concluído, respeitante das normas legais, mas os seus efeitos somente serão produzidos se verificada uma condição suspensiva;

c) *perfeito, inválido e eficaz*: porque concluído e apto à produção de efeitos jurídicos, porém inválido ante o não atendimento das normas legais;

d) *perfeito, inválido e ineficaz*: porque concluído com violação das normas legais e, ainda, sujeito a uma condição suspensiva.

5 ATOS DE GOVERNO

Os atos de governo, assim considerados os que resultam do emprego de ampla discricionariedade deferida, sobretudo por normas constitucionais, estão sujeitos a um regime jurídico diferenciado, e são, em regra, privativos da Chefia do Poder ou de competência de órgãos superiores da Administração Pública. Porque não se sujeitam ao regime jurídico tipicamente aplicável aos atos administrativos, adotam formas diferenciadas de controle, e deles pode decorrer sistema próprio de responsabilização do agente público. A Constituição Federal, em seu art. 102, III, *c*, trata especificamente do chamado ato de governo, admitindo o controle de alçada do STF. Assim, e como visto precedentemente (item 1), admite-se a dicotomia entre atos administrativos e atos de governo. São, em síntese, características dos atos políticos ou de governo: 1) referir-se ao ato praticado pelo chefe do Poder Executivo (Presidente da República, governador e prefeito ou, excepcionalmente, por outros agentes políticos — ministros e secretários de Estado e dos Municípios); 2) referir-se ao relacionamento entre os Poderes; 3) retratar uma decisão de importância para a entidade estatal, sobretudo de natureza política (União, Estado-Membro, Município); 4) definir as políticas de atuação da Administração. São exemplos: veto a projeto de lei, sanção, promulgação e publicação de lei, comuns aos chefes do Poder Executivo, e declaração de guerra, decretação de intervenção federal, exclusivos do Presidente da República. Difícil é o exercício de controle externo sobre tais atos, porquanto marcados sobretudo por ampla margem de discricionariedade (sanção e veto, notadamente), porém, em tese, estão também sujeitos a controle (nada exclui a apreciação judicial — CF, art. 5º, XXXV).

6 CLASSIFICAÇÃO FUNDAMENTAL

Diverge a doutrina acerca da classificação dos atos administrativos. Relaciona-se aqui a classificação fundamental:

a) *Quanto aos seus destinatários*, os atos podem ser *gerais* e *individuais*, conforme tenham ou não destinatários específicos, determinados. Gerais são os regulamentos, porque retratam um comando abstrato, geral e impessoal. Por isso prevalecem sobre os atos individuais, que possuem destinatários (um ou mais) certos, especificados, como a licença e a autorização. Ambos, depois de consumados e produzidos os seus efeitos, tornam-se imutáveis e irrevogáveis (STF, Súmula 473). Conquanto alguns compreendam somente possível a arguição de inconstitucionalidade dos atos gerais (a propósito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, cit., p. 216), temos, *data venia,* posição diametralmente oposta pela simples constatação de que nem todo ato geral ou normativo comporta o controle concentrado de constitucionalidade e porque, em regra, decorrem os atos administrativos gerais de normas legais (controle de legalidade), admitindo, por exemplo, a impetração de mandado de segurança ou o ajuizamento de ação popular e coletiva. O que para alguns constitui a única opção, para nós constitui exceção. Por fim, o controle realizado a partir do eventual excesso do agente — se exorbitou a função normativa — também permite o controle de legalidade e não necessariamente de constitucionalidade.

b) *Quanto ao alcance de seus efeitos*, ou aos seus efeitos, os atos podem ser *internos* e *externos*, conforme os produzam dentro ou fora da Administração. Ambos dependem de publicação para operar efeitos, podendo ser gerais ou individuais. Os atos de efeitos externos dependem de publicação externa. Como visto, uma vez consumados os seus efeitos, os atos não mais comportam revogação.

c) *Quanto ao seu objeto*, os atos podem ser *de império, de gestão* ou *de expediente*. *De império* será o ato que retratar a supremacia do interesse público, expressando o poder de coerção do Poder Público (é chamado de "ato de autoridade", resultante da potestade). *De gestão* é o ato de administração de bens e de serviços da Administração, sem qualquer coerção sobre os administrados, e bem assim

os puramente negociais, quando convergem os interesses da Administração e do particular. *De expediente* é o ato de rotina interna e quase sempre preparatório de outros atos ou componente de um procedimento.

d) *Quanto ao seu regimento*, ou liberdade da Administração para decidir, os atos podem ser *vinculados* e *discricionários*, conforme preveja a lei que admita certa margem de liberalidade ou não para o administrador. Prevendo a opção do administrador, será discricionário; fixando de forma peremptória a possibilidade de edição, é vinculado. O ato que impõe a aposentadoria compulsória é vinculado (a lei contempla expressamente a sua ocorrência); já a nomeação de determinado servidor para uma função de confiança é discricionária (a lei fixa que a possibilidade, a oportunidade e a conveniência serão examinadas pelo administrador). Assim, sempre que a lei expressamente prever *se* o ato pode ser praticado, *como* será editado e *quando* deverá sê-lo, tem-se o ato vinculado; se a lei, porém, fixa *se* o ato pode ser praticado e *como* o será, deixando a oportunidade e conveniência (*quando*) ao juízo do administrador, tem-se o ato discricionário. A discricionariedade pode resultar de opção expressa na lei (o legislador confere a liberdade de escolha ao administrador), do emprego na lei de conceitos jurídicos indeterminados ou da impossibilidade lógica de o legislador prever todas as formas possíveis de atuação administrativa. Os conceitos jurídicos podem ter sentido único ou permitirem o reconhecimento de mais de um sentido (moral, ordem, bons constumes são exemplos recorrentes). Por vezes, a lei autoriza a prática de um ato, porém o vincula a um motivo ou a uma finalidade indicados a partir de conceitos indeterminados (*para atender ao interesse público o servidor poderá ser removido*, por exemplo). Disso decorre a liberdade para o agente optar, decidir, quando o ato será conveniente ao interesse público. No entanto, há conceitos que são indeterminados para a ciência jurídica, mas seu sentido único pode ser estabelecido, como ocorre com os conceitos técnicos ou resultantes do convívio social. Por exemplo, a lei não estabelece o que se pode compreender por *invalidez*, e menos se diante de um dado infortúnio o agente estará ou não incapaz para as atividades do seu cargo ou emprego público. O conceito

(invalidez) é indeterminado para o agente ou para a Administração, mas o seu conteúdo é fixado pela ciência médica (o laudo pericial vinculará a decisão a ser tomada pela Administração).

e) *Quanto à composição da vontade*, os atos podem ser *simples*, *complexos* e *compostos*. *Simples*, quando provêm de única manifestação de vontade (simples singulares de um único agente; simples compostos de várias vontades provenientes do mesmo órgão, comissões e conselhos). *Complexos*, sempre que há conjugação de vontades de mais de um órgão (nomeação do procurador-geral da justiça pelo governador, por exemplo). *Compostos*, sempre que a eficácia do ato somente é obtida pela ratificação ordenada por outro agente que não aquele que exteriorizou inicialmente a vontade do Poder Público (ratificação, visto).

7 ESPÉCIES

Também aqui a doutrina registra grande divergência, limitando-se alguns à apresentação das espécies dos atos a partir de duas categorias: *quanto ao conteúdo* (autorização, licença, admissão, permissão, aprovação e homologação) e *quanto à forma* (decreto, portaria, resolução, circular, despacho e alvará). Estuda-se a seguir a clássica enumeração das espécies de atos administrativos.

7.1. ATOS NORMATIVOS

São atos que contêm um comando geral, impessoal, como o regulamento, o decreto, o regimento e a resolução.

O *regimento* é ato administrativo normativo de aplicação interna, destinando-se a prover o funcionamento dos órgãos. A *resolução* é ato editado por altas autoridades — ministros e secretários de Estado — e se destina a esclarecer situação própria da sua área de atuação. As deliberações, que podem ser normativas ou meramente decisórias, retratam a conjugação de vontade da maioria que compõe o órgão colegiado, possuindo a natureza de ato normativo. Este não produz efeitos concretos e imediatos, sob pena de perder tal característica (STJ, *RSTJ*, 27/212).

7.2. ATOS ORDINATÓRIOS

São atos disciplinadores da conduta interna da Administração, endereçados aos servidores, como as instruções, os avisos, os ofícios, as portarias, as ordens de serviço, ou memorandos. As portarias normalmente são utilizadas para designar servidores para determinada função, ou dão início a sindicância e a procedimento administrativo disciplinar. Nessa hipótese deverá, na medida do possível, seguir supletivamente o regramento estabelecido pela legislação processual penal (Código de Processo Penal). As ordens de serviço e os memorandos, por vezes, dão início à execução do contrato administrativo, indicando ao particular a possibilidade de iniciar a contraprestação avençada.

7.3. ATOS ENUNCIATIVOS

Enunciativos são os atos que apenas atestam, certificam ou declaram uma situação de interesse do particular ou da própria Administração, tal como ocorre com as certidões, atestados, pareceres normativos, pareceres técnicos. A certidão não pode ser negada pela Administração ao legítimo interessado (CF, art. 5º, XXXIV, *b*). Ela consigna o registro em livro, papel ou documento oficial. O atestado apenas comprova um fato havido, ainda que sujeito a alteração. Os pareceres técnicos não se sujeitam a modificação pelo superior hierárquico, porquanto não há subordinação em matéria técnica. Os pareceres podem ser *facultativos, obrigatórios ou vinculantes.* Os pareceres vinculantes, ou imperativos, porque obrigam a Administração ao seu acatamento, podem gerar a responsabilização daquele que os emite (STF, MS 24.584). Exemplo disso são os pareceres técnicos oriundos das Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado, que não se sujeitam a controle hierárquico e que podem, se a lei assim determinar, reunir o atributo da imperatividade para a própria Administração.

7.4. ATOS NEGOCIAIS

Negociais são os atos que exprimem manifestação de vontade bilateral e concordante: Administração e particular sugerindo a realização de um *negócio jurídico*. São editados a partir da manifestação de vontade do particular e a edição não depende, portanto, da imperati-

vidade. Licença, autorização e permissão são os exemplos correntes. A licença, a autorização (espécies de alvará) e a permissão são expedidas a pedido ou a requerimento do interessado, carecendo sempre da manifestação concordante da vontade de ambos. A licença não pode ser negada sempre que cumpridas as exigências para a sua obtenção, constituindo esta direito individual líquido e certo. Daí ser indenizável a sua revogação posterior. A autorização pode ser recusada e a qualquer tempo invalidada. A permissão exprime, por fim, faculdade outorgada ao particular para a utilização especial de bem público ou prestação de serviço público. Exemplos: alvará de licença para edificar, construir e exercer profissão; autorização para o porte de arma de fogo, para caça e pesca amadoras; permissão para a instalação de banca de jornais e revistas em logradouro público. As permissões devem ser licitadas (CF, art. 175).

7.5. ATOS PUNITIVOS

Punitivos são os atos que contêm uma sanção imposta ao particular ou ao agente público ante o desrespeito às disposições legais, regulamentares ou ordinatórias. São exemplos a multa administrativa (única a depender do Judiciário para a sua execução), a interdição administrativa, a destruição de coisas, o afastamento temporário de cargo ou função pública. Todos dependem de procedimento administrativo contraditório (ampla defesa, inclusive) e são de iniciativa vinculada.

8 ATOS DE DIREITO PRIVADO

Para exprimir a sua vontade e realizar negócios de seu interesse pode a Administração valer-se de institutos próprios do direito privado tal como ocorre na compra e venda, na emissão de títulos de crédito, na doação e na alienação. Aqui e ali são aplicáveis institutos de direito civil e de direito comercial. Assim, pratica a Administração atos regidos pelo direito privado, baseados no direito civil e no direito comercial, não sendo esses atos administrativos propriamente ditos (haverá, porém, incidência do regime jurídico a que se submete a Administração).

9 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

As formas de extinção dependem da natureza, espécie ou efeitos jurídicos do ato administrativo, divergindo a doutrina quanto à terminologia empregada. No entanto, concorrem, ao menos, sete formas usuais de extinção ante:

1. *o exaurimento dos efeitos do ato administrativo;*
2. *a revogação do ato;*
3. *a anulação (ou invalidação);*
4. *a cassação;*
5. *a caducidade;*
6. *a contraposição;*
7. *a renúncia.*

A extinção pelo *cumprimento dos efeitos* é usual, normal ou natural (vencido o prazo, cumprida a ordem, extinto estará o ato). A *revogação* é a extinção ordenada por razões de mérito, pela apuração da oportunidade e conveniência (não convém ao interesse público a manutenção do ato). A *anulação* deriva da constatação de ilegalidade praticada (o agente não é o competente; a finalidade é diversa da estatuída em lei; os motivos são inexistentes). A *cassação* pressupõe o descumprimento de obrigações fixadas no ato por seu destinatário ou beneficiário direto (como nas licenças). A *caducidade* é consequência de nova norma cujos efeitos sejam contrários aos decorrentes do ato (por exemplo, autorização de uso de bem público conferida e posteriormente proibida em lei). A *contraposição* é a extinção ordenada por ato cujos efeitos são contrapostos ao primeiro (a extinção dos efeitos do ato de nomeação pela subsequente demissão do servidor). A *renúncia* decorre da manifestação de vontade do beneficiário do ato (autorização para uso de bem público).

9.1. ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO

A *anulação* e a *revogação* constituem, para o estudo, as principais formas de extinção dos atos administrativos, operando relevantes efeitos jurídicos. A *anulação* (ou invalidação) é obrigatória (constitui, em princípio, dever) sempre que a ilegalidade atinge a *finalidade*, os *motivos* e o *objeto* do ato administrativo. A violação da regra de *competência*

poderá ou não induzir à necessidade de anulação, conforme seja ou não o ato privativo ou exclusivo. Se o ato é exclusivo de determinada entidade ou privativo de determinado agente, mas foi editado por outra entidade ou agente, deverá ser anulado. A *ratificação* somente será possível se a entidade possuir competência para a matéria e desde que o vício possa ser sanado. É que muitos atos são privativos de determinadas autoridades, não admitindo ratificação posterior. No entanto, se a prática do ato por agente determinado não for essencial, será possível a sua ratificação pela autoridade competente. A *convalidação* corresponde ao ato posterior que sana o vício identificado no ato precedente. A *ratificação* corresponde ao ato praticado pelo agente competente que aproveita o ato praticado por agente incompetente, corrigindo-o. A *anulação*, que também pode ser ordenada pelo Judiciário, opera efeitos retroativos (*ex tunc*).

A *revogação*, porque fundada na conveniência e oportunidade, ou seja, depende de ato discricionário, não pode incidir sobre *atos vinculados, atos que já exauriram os seus efeitos, atos meramente enunciativos* e *atos procedimentais ou componentes do processo administrativo*. A revogação (exclusiva da própria Administração Pública) não pode ser ordenada pelo Judiciário, operará efeitos futuros (*ex nunc*), não atingindo (ou respeitando) direitos adquiridos (*v.* Súmula 473 do STF).

O tema sempre demandou estudos aprofundados e sugere constante divergência doutrinária (cf. Diogenes Gasparini, *Direito administrativo*, cit., p. 89-104; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 393-427; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 162-97; Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1996).

Em síntese, tem-se o seguinte esquema:

	Anulação	*Revogação*
— Quem pode ordenar	Administração e Judiciário	apenas a Administração
— Motivo	ilegalidade	conveniência e oportunidade
— Efeitos	*ex tunc*	*ex nunc*
— Direitos adquiridos	inexistem	prevalecem
— Pressuposto	processo administrativo processo judicial	processo administrativo

Formas de extinção do ato

— exaurimento dos efeitos do ato
— revogação do ato
— anulação (ou invalidação)
  — convalidação (ato que sana o vício existente em ato anterior)
  — ratificação (ato do agente competente que sana o vício de competência)
— cassação
— caducidade
— contraposição
— renúncia

10 SÚMULAS DO STF

Súmula 346:

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Quadro sinótico – Atos administrativos

Atos Jurídicos	— toda manifestação de vontade que tenha por finalidade adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.
Ato administrativo	— manifestação de vontade, submissa ao regime jurídico administrativo, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes e ordenada para a produção de efeitos jurídicos.
Fato jurídico	— acontecimento que produz efeitos jurídicos (ex.: transcurso do tempo e a consequente prescrição).
Fato administrativo	— produz efeitos jurídicos para a Administração Pública (ex.: transcurso do tempo e a aposentadoria compulsória de um servidor).

Fato da administração	— acontecimento, ocorrência gerada pela Administração Pública (ex.: execução de uma obra pública).	
Condições de validade dos atos administrativos	1. competência; 2. finalidade; 3. forma; 4. motivo; 5. objeto.	
Elementos – (presentes no próprio ato)	— conteúdo e a forma do ato;	
Pressupostos	1. de existência	– objeto e a pertinência administrativa
	2. de validade	– subjetivo (sujeito); objetivos (motivo e requisitos procedimentais); teleológico (finalidade); lógico; e formalísticos (formalização) finalidade, causa e formalização.
Atributos	1. presunção de legitimidade, de legalidade e veracidade; 2. autoexecutoriedade; 3. imperatividade.	
Ato Administrativo	Perfeito	– é o ato administrativo que reúne eficácia e exequibilidade.
Atos Administrativos. Classificação Fundamental	1. destinatários	a) gerais; b) individuais;
	2. efeitos	a) internos; b) externos;
	3. objeto	a) de império; b) de gestão; c) de expediente;
	4. regramento	a) vinculados; b) discricionários;
	5. composição da vontade:	a) simples; b) complexos; c) compostos;

Espécies	1. Normativos — Ex.: regulamento; 2. Ordinatórios — Ex.: avisos, ofícios; 3. Enunciativos — Ex.: certidão; 4. Negociais — Ex.: licença, autorização; 5. Punitivos — Ex.: multa administrativa.
Atos de Direito Privado	— Ex.: doação.
Anulação e Revogação	

	Anulação	Revogação
Quem pode ordenar	Administração e Judiciário	apenas a Administração
Motivo	Ilegalidade	conveniência e oportunidade
Efeitos	*ex tunc*	*ex nunc*
Direito adquiridos	inexistem	prevalecem
Pressuposto	processo judicial processo judicial	processo administrativo

Formas de Extinção do Ato	1. exaurimento; 2. revogação do ato; 3. anulação (ou invalidação); — convalidação (ato que sana o vício existente em ato anterior); — ratificação (ato do agente competente que sana o vício de competência); 4. cassação; 5. caducidade; 6. contraposição; 7. renúncia.
Súmulas – STF, 346, 473	

Capítulo X
AGENTES PÚBLICOS

1 INTRODUÇÃO

Como visto precedentemente (Capítulo IV, item 5), toda pessoa física que, a qualquer título, exerce funções públicas é considerada "agente público". O vínculo jurídico que une a pessoa física à pessoa política (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios) ou às entidades da Administração Indireta pode ser decorrente de *eleição, nomeação, designação, contratação, convocação, delegação* e o exercício pode ser gratuito ou remunerado. Exercendo função pública, é agente público. Dois são os requisitos propostos por Celso Antônio Bandeira de Mello: "um, de ordem subjetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela" (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 227). Exercendo a pessoa física sem que exista correspondente investidura, tem-se a figura do agente de fato, o que pode ocorrer seja porque a investidura tenha sido invalidada ou porque nem sequer ocorreu.

Do sistema constitucional decorrem diversas espécies de agentes públicos: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) empregados públicos; d) servidores temporários; e) agentes delegados; f) ocupantes de cargos em comissão; g) particulares em regime de delegação e colaboração; h) servidores militares. Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, cit., 412) sugere que da Constituição decorra a seguinte classificação: agentes políticos, servidores em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado.

Adotando como parâmetro a natureza do vínculo jurídico e o regime a que se submete a pessoa física exercente da função, temos:

a) agentes políticos — os que exercem mandato eletivo ou funções primárias do Estado, percebem subsídios, atuam pelo Estado e pra-

ticam atos de governo, sujeitando-se a formas próprias de responsabilização e possuem prerrogativas especiais. São os Chefes do Executivo Federal (Presidente da República), Estadual (Governador) Distrital (Governador), Municipal (Prefeito), além de Ministros, Membros do Judiciário e do Ministério Público. As prerrogativas podem ser, além do mandato para os primeiros, a vitaliciedade para os Magistrados e membros do Ministério Público;

b) servidores públicos civis — incumbidos do exercício da função administrativa civil (não militar), regidos pelas normas dos arts. 39 e seguintes da Constituição Federal, podem receber subsídios ou vencimentos, quando ocupantes de cargos de provimento efetivo ficam sujeitos ao estágio probatório e adquirem estabilidade. Estão sujeitos a regime estatutário (geral ou peculiar);

c) servidores públicos militares — os que integram as carreiras militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e das Forças Armadas (CF, arts. 42 e 142, § 3º);

d) empregados públicos — ocupantes de emprego público, remunerados por salários e sujeitos às regras da Consolidação das Leis do Trabalho. Em regra, vinculados às entidades empresariais (empresas públicas e sociedades de economia mista) ou exercentes de funções que não sejam próprias de cargos públicos, mas desde que sujeitos às regras da Consolidação das Leis do Trabalho;

e) servidores temporários — contratados para atender a situações transitórias, excepcionais (CF, art. 37, IX).

2 REGIME JURÍDICO

Por regime jurídico pode ser compreendido o conjunto de princípios e de regras jurídicas dispostas à regulação das relações de natureza funcional estabelecidas pela Administração e seus agentes, servidores ou não.

O regime estatutário pode ser geral, aplicável a todos os servidores de uma determinada pessoa política (da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, por exemplo) ou pode ser peculiar de algumas carreiras, como ocorre em relação à Magistratura, ao Ministério Público, em cujas leis orgânicas encontram-se regras próprias da

relação funcional estabelecida pelos agentes. A autonomia deferida para as pessoas políticas permite a cada uma o estabelecimento do regime próprio aos seus servidores, como ocorre, por exemplo, no âmbito da União (Lei n. 8.112, de 1990). A iniciativa da lei que discipline o regime jurídico dos servidores públicos do Executivo é de competência do Chefe do Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, *c*). No entanto, não apenas o "estatuto" dispõe sobre normas aplicáveis aos servidores, podendo leis de abrangência nacional dispor sobre deveres, direitos ou restrições. Basta verificar, por exemplo, que a Lei n. 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) é a todos aplicável, assim como os crimes funcionais previstos no CP, dentre outras tantas.

O regime jurídico aplicável a todos os agentes, servidores ou não, não pode ignorar as normas constitucionais incidentes para o exercício das funções administrativas, e da CF decorre em princípios e regras aplicáveis evidentemente a todas as pessoas políticas e seus agentes (como o princípio do acesso por concurso, as regras de aposentação, as regras de acumulação, teto remuneratório etc.).

Sendo o regime jurídico o estatutário, a competência para dirimir eventuais conflitos será da Justiça Comum (Federal, Estadual ou Distrital). Não há relação contratual, empregatícia, mas relação estatutária.

Servidores ocupantes de emprego público, os chamados empregados públicos, sujeitam-se às regras da CLT, mantêm relação de trabalho de natureza contratual e seus litígios podem ser julgados pela Justiça do Trabalho. A aplicação do regime *celetista* não afasta a aplicação das mesmas normas constitucionais (acesso por concurso, aposentadoria etc.), mas há uma *unicidade* e o regime será igual para todas as pessoas políticas e seus empregados. No âmbito da Administração Federal, a Lei n. 9.962, de 2000, instituiu o regime de emprego público, cujas normas devem ser compatibilizadas com as regras da CLT.

Há, ainda, servidores contratados por tempo determinado e para atendimentos excepcionais (CF, art. 37, IX). A estes servidores deve ser aplicável regime próprio ou peculiar não lhes sendo aplicáveis inteiramente o regime da CLT. Nessa hipótese, a contratação não se dará por tempo indeterminado e menos ainda poderá se constituir regra de admissão. José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito*

administrativo, cit., p. 544-545) sugere três características fundamentais: a) *determinabilidade temporal*; b) *temporariedade*; c) *excepcionalidade.*

A contratação dá-se por tempo certo, a atividade deve ser temporária ou não permanente (se permanente, deve ser atribuída a cargo ou emprego público e não justifica a contratação nesses moldes) e a necessidade há de ser excepcional. A excepcionalidade tanto é da contratação como da atividade reclamada pelo interesse público.

No âmbito da Administração Federal as contratações dessa natureza devem atender às prescrições da Lei n. 8.743, de 1993.

3 REGIME JURÍDICO ÚNICO

Não subsiste o chamado "regime jurídico único" por força da Emenda Constitucional n. 19/98, que alterou o disposto no art. 39 da Constituição Federal. Como visto, a Administração pode contratar agentes públicos sob a regência de mais de um regime legal. A Administração Federal é regida, por exemplo, pelas Leis n. 8.112/90 (estatutários) e n. 9.962/2000 (regime de emprego público). A Lei n. 9.962/2000 somente é aplicável àqueles que ocupam empregos públicos (não é aplicável aos ocupantes de cargos públicos de provimento em comissão), e tanto remete para a aplicação de normas estatuídas na Consolidação como ordena regras específicas (rege, por exemplo, a forma de rescisão unilateral do contrato de trabalho — art. 3º). O regime estatutário é o reservado para a regência da relação estabelecida pela Administração com os titulares de cargos efetivos, próprio para as pessoas jurídicas de direito público, enquanto as relações de emprego podem ser estabelecidas com agentes cujas funções não sejam típicas do Estado, exclusivas do Estado (como os serviços de apoio capazes de serem também executados no setor privado). As relações de emprego (Consolidação das Leis do Trabalho) não são admissíveis para os ocupantes de cargos públicos, apenas para os chamados empregados públicos. Mas há, como visto, incidência de mais uma norma legal para a regência dos agentes. Há pluralidade normativa (Código Penal, Lei de Improbidade, normas previstas na Constituição Federal). Os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias (CF, art. 198, § 4º), por exemplo, são admitidos por processo se-

letivo público (regulado pela Lei n. 11.350/2006) e ficam sujeitos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se a lei local dispuser de modo contrário.

A adoção do "regime jurídico único" obriga as pessoas políticas a adotarem um só regime a todos os agentes públicos da Administração Direta e da Administração Indireta, excluídas apenas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Há, ao menos, três posições acerca do tema: a) do regime único decorreria apenas a possibilidade de adoção do regime estatutário; b) o regime único seria aplicável para a Administração Direta; c) o regime uma vez adotado seria aplicável apenas para as pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Indireta, além da Administração Direta.

A Emenda Constitucional n. 19/98 afastou o regime jurídico único, porém o STF suspendeu liminarmente o disposto no art. 39, *caput*, da Constituição Federal, por vislumbrar inconstitucionalidade formal (ADIn 2.135, j. 2-8-2007). Como a decisão não operou efeitos *ex tunc*, subsistem as diferentes normas que estabelecem mais de um regime a cada pessoa política. Por fim, ainda que restabelecido o regime jurídico único, cada pessoa política conservará competência para discipliná-lo em seu âmbito.

4 ACESSIBILIDADE

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros e estrangeiros (CF, art. 37, I, com redação dada pela EC n. 19/98), na forma da lei. Assim, desde a reforma administrativa (19-6-1998) não apenas os brasileiros natos ou naturalizados, mas também os estrangeiros (que antes apenas podiam ingressar no serviço público em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais) têm direito ao acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

Há, porém, cargos privativos de brasileiros natos (excepcionais e somente os contemplados na Constituição Federal): Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Ministro do STF; membro de carreira diplomática; oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa (CF, art. 12, § 3º).

O acesso ao cargo, emprego ou função pode ou não decorrer de concurso público e a forma do provimento dependerá da condição do agente ou da natureza do cargo, como veremos na sequência.

4.1. CONCURSO DE INGRESSO

Ressalvadas as hipóteses de investidura (provimento) para cargos eletivos (como o de parlamentares, do Chefe e Vice do Executivo), exigem os princípios da isonomia, da moralidade administrativa e da eficiência que a Administração Pública, em regra, recrute os seus agentes por meio de concurso público; concurso de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II). O concurso é regido pelos princípios da publicidade, da competitividade e da igualdade entre os concorrentes, realizado pelo sistema de mérito e destinado à verificação da capacidade do concorrente. Descende logicamente do princípio republicano e, como dito, a não exigência significa violação da moralidade administrativa.

A exigência do concurso não se aplica aos cargos declarados em lei de livre nomeação ou provimento, como também pode ser dispensada para a excepcional contratação de servidores temporários (CF, art. 37, V e IX). As funções de confiança (direção, chefia e assessoramento) não exigem concurso, já que acessíveis apenas aos servidores de carreira (CF, art. 37, V, redação dada pela EC n. 19/98). As contratações por tempo determinado (CF, art. 37, IX) somente são admitidas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e quando possível devem exigir seleção pública (*v.* Lei n. 8.745/98). Por fim, excepcionando a regra do concurso obrigatório, prevê a Constituição Federal (art. 198, § 4º) a possibilidade da contratação de *agentes comunitários de saúde* e de *agentes de combate às endemias*, por mero processo seletivo público (Lei n. 11.350/2006).

O processo seletivo deve ser de provas ou de provas e títulos e poderá estabelecer requisitos que respeitem a natureza das atividades, observados os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A referida lei veda, salvo em hipóteses excepcionais, a contratação temporária ou terceirizada daqueles agentes públicos.

É livre a participação nos concursos públicos, mas desde que atendidas as exigências impostas por lei, repetidas ou não no edital (ou

regulamento). O acesso ao cargo ou emprego tanto exigem do candidato a satisfação de *requisitos subjetivos* (dizem respeito ao candidato, a escolaridade, exames de saúde etc.) como também exigem o atendimento de *requisitos objetivos* (dizem respeito às funções, como as provas de conhecimentos). Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 577). As condições para a participação devem estar previstas em lei e devem respeitar as peculiaridades das funções próprias do cargo ou emprego público. Há *requisitos para o concurso* (para a participação e que devem estar previstos no edital ou no Regulamento) e há *requisitos próprios do cargo ou emprego* (previstos em lei e fixados de acordo com as funções — CF, arts. 37, II, e 39, § 3º). Por isso, a fixação de limite de idade, por exemplo, deve atender aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade (STF, Súmula 683: "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido"), podendo ser justificável para determinadas atividades e inadmissível para outras. No mais, o veto (indeferimento da inscrição ou recusa) imotivado à participação no concurso é inadmissível (STF, Súmula 684).

O concurso, como visto, deve observar os princípios da competitividade, da igualdade e da publicidade. Não é ele apenas homologatório ou de caráter habilitatório; disputam os candidatos habilitados à participação as vagas (ou cargos) postas em exame. Somente o legislador pode indicar a necessidade de realização de exame psicotécnico (STF, Súmula 686) e ele deve obediência a critérios objetivos, como reiteradamente vem decidindo o STF.

A Administração deve estabelecer as condições para o concurso e os requisitos de admissão de modo a melhor atender ao interesse público. Os candidatos aprovados deverão ser nomeados no prazo de validade do concurso, observando-se sempre a ordem de classificação (*v.*, a propósito, Súmula 15 do STF: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido com observância da classificação". Também: "A Administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os

candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes, para melhor atendimento do interesse público" — Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 389). A anulação do concurso realizado pode ocorrer e ser decidida pela própria Administração (autotutela). Não tendo ocorrido a investidura dos aprovados, ela independerá da observância do contraditório e será imposta sem a participação dos aprovados. Diferentemente, porém, será se a Administração já tiver procedido às nomeações, pois a anulação somente será possível com a instauração de processo administrativo que possibilite o exercício da ampla defesa e contraditório (STF, RE 213.523-SP).

A possibilidade de o ingresso no serviço público fazer-se diretamente, sem concurso, é absolutamente excepcional. É que a Constituição Federal prevê hipóteses excepcionais de contratação por tempo determinado, ou serviços de caráter temporário (art. 37, IX). Nessas hipóteses, porém, o agente não ocupará cargo ou emprego público; exercerá tão somente a função pública. É correto o entendimento de que, sendo possível a seleção pública, esta deve ser realizada, ainda que para a contratação de temporários.

As entidades empresariais que compõem a Administração Indireta (as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica) estão sujeitas ao regime das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), sendo seus empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas tal regime é parcialmente derrogado pelo disposto no *caput* do art. 37 da CF. Assim, também para a admissão de pessoal exige-se a realização de concurso público, ou de processo seletivo que assegure a participação de qualquer interessado que satisfaça os requisitos objetivamente firmados. A doutrina não é unânime quanto à obrigatoriedade de concurso para acesso aos empregos de sociedades de economia mista e de empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Há quem defenda a não obrigatoriedade de adoção do mesmo regime das empresas privadas porque, dizem, por não ser condizente com a atividade econômica, poderia emperrá-la. Mas forçoso admitir a parcial derrogação do regime privado pelo imperativo do art. 37 da CF, delas também exigindo-se o concurso público ou processo seletivo que respeite os parâmetros da publicidade, da competitividade, da igualdade entre os concorrentes.

Vencido o concurso, passa o aprovado a deter direito subjetivo à nomeação se esta vier a ocorrer. Posição majoritária afirma deter o candidato mera expectativa de nomeação, mas já há decisões em sentido oposto: o anúncio de vagas gera direito subjetivo dos classificados à nomeação (STF, RE 192.568-0/PI, RMS 24.119). No STJ, há firme posicionamento no sentido de que a veiculação da necessidade de prover determinado número de vagas torna os atos de nomeação e posse vinculados, titularizando o candidato aprovado direito líquido e certo (RMS 22.597/MG, publicado em 25-8-2008), tendo assim decidido também o STF (RE 227.480/RJ). A posição que tende a prevalecer é a de reconhecer ao aprovado o direito à nomeação. Assim, os candidatos aprovados dentro do número de vagas colocadas em concurso têm direito subjetivo à nomeação; já os classificados em número excedente têm mera expectativa de direito.

O concurso tem validade por até dois anos, prorrogável por igual período uma única vez (CF, art. 37, III), e as nomeações observarão a ordem de classificação (CF, art. 37, IV). O provimento do cargo dá-se pela nomeação (por decreto, por portaria); a investidura decorre da posse, que é a condição para o exercício da função pública, e a partir desta passa o servidor a deter direitos inerentes ao seu cargo (TJSP, *RDA*, 52/137). Tanto a posse como o exercício ficarão condicionados à apresentação de declaração de bens e de valores, por força da Lei n. 8.429, de 4 de junho de 1992.

Se o servidor é nomeado, tomar posse e não entrar em exercício dará ensejo à exoneração (item 6.3 — Vacância). Os impedimentos de acumulação de cargos, restrições e incompatibilidades previstos na Constituição e no regime jurídico a que estiver submetido o servidor somente serão exigidos a partir da posse, não bastando a sua nomeação.

Vale notar que o concurso tem em mira a verificação dos conhecimentos teóricos e práticos do candidato, enquanto o estágio (como veremos) deve apurar a aptidão do exercício das funções próprias do cargo ou emprego público.

Conquanto a todos sejam aplicáveis as mesmas regras de acesso (isonomia, igualdade), reserva a Constituição Federal para alguns tratamento diferenciado, como ocorre em relação às pessoas com deficiência, como também impõe exigências próprias para o acesso a determinados cargos (como ocorre em relação à Magistratura e ao Ministério Público).

4.2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA — INCLUSÃO SOCIAL

Ordena a Constituição Federal (art. 37,VIII) que a Administração Pública reserve na lei *percentual dos cargos e empregos públicos* a serem providos por pessoas *portadoras de deficiência*. Trata-se, como aponta José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*, cit., p. 579), de *dever jurídico* da Administração e *direito subjetivo à participação* nos concursos públicos deferido às pessoas com deficiências. A Lei n. 7.853/99, regulamentada pelo Decreto n. 3.298/99, obriga a Administração a reservar de 2 a 5% dos cargos às pessoas com deficiência. Trata-se de autêntica ação afirmativa ou instrumento de inclusão social que almeja inserir no mercado de trabalho (no caso, no serviço público) pessoas habilitadas para o exercício das funções, mas que apresentem condições especiais. Nesse sentido, por exemplo, a Súmula 377 do STJ, que admite aos portadores de visão monocular a possibilidade de participação, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes. Há de se respeitar o critério da eficiência, o candidato deve satisfazer os requisitos objetivos para o ingresso no serviço, mas terá em seu favor a reserva de percentual mínimo destinado aos candidatos nas mesmas condições. A reserva de cargos vagos e postos em concurso obriga a Administração a divulgar duas listas de aprovados, sendo uma preenchida exclusivamente por candidatos nessa condição.

4.3. ATIVIDADE JURÍDICA

A Constituição Federal passou a exigir para o ingresso nos cargos iniciais da Magistratura e para o ingresso na carreira do Ministério Público, além do bacharelado em Direito, o exercício de, no mínimo, três anos de atividade jurídica (CF, arts. 93, I, e 129, § 3º, com a redação trazida com a EC n. 45/2004 — Reforma do Judiciário e do Ministério Público). Adotando interpretação restritiva da exigência, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) fixaram entendimento de que a atividade jurídica capaz de ser considerada será apenas a que se efetivar *após o bacharelado* e desde que prepondere a utilização de conhecimentos jurídicos ou a interpretação e aplicação de normas jurídicas, excluindo-se qualquer possibilidade de aproveitamento da contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior ao bacharelado.

Admitindo a extensão da regra, também consideram como atividade jurídica a frequência e o aproveitamento a cursos de pós-graduação quando promovidos por instituição de ensino que as normas regulamentares especificam (CNJ, Res. n. 11/2006 e CNMP, Res. n. 4 e Res. n. 11/2006). O CNMP editou, em março de 2008, nova resolução (Res. n. 39), que estabelece: *"Art. 1º Considera-se atividade jurídica, desempenhada exclusivamente após a obtenção do grau de bacharel em Direito, aquela exercida por ocupante de cargo, emprego ou função, inclusive de magistério superior, para cujo desempenho se faça imprescindível a conclusão do Curso de Direito. Parágrafo único. Consideram-se, também, atividade jurídica, desde que integralmente concluídos com aprovação, os cursos de pós-graduação em Direito, ministrados pelas Escolas do Ministério Público, da Magistratura e da Ordem dos Advogados do Brasil, de natureza pública, fundacional ou associativa, bem como os cursos de pós-graduação reconhecidos, autorizados ou supervisionados pelo Ministério da Educação ou pelo Órgão competente. Art. 2º A comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser documentada e formalizada no ato da inscrição definitiva ao concurso".*

Como compreendemos, porém, as atividades jurídicas podem ser anteriores ao bacharelado, contemporâneas ou posteriores, não exigindo a norma constitucional prática efetiva da advocacia, o que inviabilizaria o aproveitamento de experiências anteriores ao curso de formação. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidira que a prática forense pode corresponder ao exercício de qualquer atividade relacionada às lides forenses, inclusive o estágio obrigatório das faculdades (MS 4.639/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 13-12-1999, dentre tantos). As resoluções emanadas do CNJ e do CNMP, no entanto, têm conteúdo diverso e obrigam todas as carreiras da Magistratura e do Ministério Público. Os três anos de atividade jurídica devem ser posteriores ao bacharelado e não será qualquer atividade considerada como "jurídica" para fins de concurso e admissibilidade.

5 CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA

A exigência do concurso público somente se dá em face dos cargos efetivos, ou de provimento efetivo, não sendo exigido para o exercício temporário de função pública (provimento temporário),

para os cargos declarados em lei de provimento em comissão e para as "funções de confiança".

As funções de confiança só podem ser exercidas por servidores públicos, já concursados, portanto. Destinam-se apenas às "atribuições de direção, chefia e assessoramento" (CF, art. 37, V).

Os cargos em comissão, ou seja, os que admitem o provimento independentemente de concurso — "livre nomeação" (CF, art. 37, II), também são destinados exclusivamente às "atribuições de direção, chefia e assessoramento", devendo parte deles ser preenchida tão só por servidores públicos, como determina o inciso V do art. 37 da Constituição Federal. Por conta dessa disposição constitucional, a lei deve fixar os "casos, condições e percentuais mínimos" para o provimento, por servidores, dos cargos em comissão, fixando, via de consequência, os que admitirão o provimento sem concurso. A criação desses cargos deverá atender aos princípios expressos no próprio art. 37 do texto constitucional e, em especial, ao princípio da razoabilidade. A nomeação não pode recair em pessoa física que não denote reunir aptidão técnica para o exercício das funções atinentes ao cargo, sob pena de se ter por violados os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

A nomeação para cargos em comissão ou funções de confiança não pode recair em pessoa que mantenha relações de parentesco com o nomeante. O chamado *nepotismo* não é tolerado, porque representa violação, dentre outros, do princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido a Súmula Vinculante 13 do STF, de 21-8-2008. Idêntica vedação já era aplicável no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, por força de resoluções do Conselho Nacional de Justiça (Res. n. 7, de 18-10-2005) e do Conselho Nacional do Ministério Público. A Súmula Vinculante não impede apenas a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante, mas também de servidor da entidade da Administração que ocupe cargo em comissão ou função de confiança, proibindo as nomeações ou designações recíprocas (parente de um agente político nomeado por outro agente político da mesma entidade ou Poder do Estado). No âmbito do Judiciário e do MP, além da vedação às nomeações naqueles moldes, tem-se também a proibição da manutenção dos que já tenham sido nomeados. Confira adiante o teor da Súmula citada (item 15).

6 ACUMULAÇÕES

Incide para os ocupantes de cargos e empregos públicos a proibição da acumulação de cargos remunerados, salvo se houver compatibilidade de horário e se se referir:

a) à de dois cargos de professor;

b) à de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) à de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (CF, art. 37, XVI).

A proibição alcança a Administração Indireta e mesmo as pessoas jurídicas de direito privado nas quais o Estado tenha participação acionária, ainda que por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. A acumulação de cargos tanto pode comprometer a eficiência (princípio da Administração Pública) como sugere violação da igualdade ou do acesso aos cargos e empregos a todos possível.

Há, porém, cargos e carreiras com normas próprias e que podem admitir a acumulação, desde que haja compatibilidade de horários:

a) vereadores podem acumular cargos, desde que o horário de trabalho seja compatível, tendo direito a perceber a remuneração e o subsídio;

b) magistrados somente podem acumular uma função no magistério;

c) promotores de justiça somente podem acumular uma função no magistério.

É vedada, ainda, a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargos, empregos ou funções públicas, ressalvadas as hipóteses de acumulação possível na ativa: os cargos eletivos e os cargos em comissão. A acumulação de aposentadoria somente é possível se ela já existia na ativa. As alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 20/98 apenas reproduzem entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e da doutrina (*v.* STF, RE 163.204-6/SP).

Prevê, por fim, a Constituição Federal a proibição de o servidor militar aceitar outro cargo ou emprego público, salvo se passar para a reserva. O acúmulo temporário é admitido, porém o militar permanecerá como agregado ao quadro da carreira que integra (art. 142, § 3º, II).

6.1. INVESTIDURA OU PROVIMENTO

À forma de vinculação do agente ao cargo ou à função dá-se o nome de *investidura* ou *provimento*. A investidura contrapõe-se à *vacância*, forma de desligamento do agente público do cargo ou função, e pode ser: *política, originária* ou *derivada, vitalícia, efetiva* ou *em comissão*.

a) *Política* é a decorrente de eleição (CF, arts. 2º a 14) para mandatos (presidente da República, senadores, deputados federais, governadores, deputados, prefeitos, vice-prefeitos e vereadores), assim como para altos cargos da Administração e para os em comissão nas mesmas circunstâncias (ministros, secretários, procurador-geral da República e procurador-geral da justiça). Dependem sempre do pleno gozo de direitos políticos e do preenchimento de requisitos específicos (somente pode ser procurador-geral da justiça, por exemplo, membro do Ministério Público dos Estados). Os primeiros (eleitos para mandato) exercerão as funções correspondentes ao cargo por tempo certo; os nomeados (ministros e secretários) são exoneráveis a qualquer tempo (*ad nutum*). O chefe do Ministério Público (procurador-geral da República e procurador-geral da justiça) também exerce as funções correspondentes ao cargo por tempo certo, ou a prazo certo.

b) A *originária* corresponde à primeira forma de vinculação do agente (CF, art. 37, II) e a *derivada* pressupõe vinculação anterior (promoção, remoção, permuta). Ambas pressupõem, via de regra, concurso: externo (originária) ou interno (derivada). O *provimento originário* decorre, em regra, do ato de nomeação e que confere ao agente o direito à posse e ao exercício. Sem a posse, o provimento não se perfaz ou o nomeado não será considerado agente público ou servidor. A posse (ato bilateral) constitui dever para o nomeado e deve ocorrer no prazo fixado na nomeação ou previsto em lei. O *provimento derivado* está presente também na *reintegração, readmissão, aproveitamento* e *reversão.* A *reintegração* corresponde ao retorno ao cargo anterior por anulação do desligamento (o agente retorna com os mesmos direitos), podendo ser *judicial* ou *administrativa*, conforme decorra ou não de decisão judicial. Se o cargo já tiver sido ocupado por outro, este (o segundo) será removido para cargo desimpedido ou permanecerá em disponibilidade (CF, art. 41, §

2º). A *readmissão* correspondia à forma de retorno do servidor legal e corretamente desligado. Era discricionária e não podia ser imposta pelo Judiciário. Não é mais admitida (os estatutos não mais a contemplam). O término do período de disponibilidade corresponde ao *aproveitamento*, pelo qual o servidor retoma o exercício de suas funções no cargo de que é titular. *Reversão* corresponde ao retorno do agente *aposentado* público ao cargo que ocupava ou a outro compatível, normalmente condicionada a certo trato temporal ou à superação da limitação física ou mental que impôs a aposentadoria por invalidez. A crítica que se faz a essa forma de provimento derivado é a de que não pressupõe a realização de novo concurso público seletivo, correspondendo, em tese, a burla à exigência constitucional (CF, art. 37, I). O STF compreende inconstitucional qualquer forma de provimento que "propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido" (Súmula 685).

A Lei n. 8.112/90 prevê como formas de investidura: 1) nomeação; 2) promoção; 3) readaptação; 4) reversão; 5) aproveitamento; 6) reintegração e 7) recondução.

c) *Vitalícia* é a que confere caráter de perpetuidade ao seu titular (juízes, promotores de justiça, membros do Tribunal de Contas), exigindo processo judicial para o desligamento. O provimento de natureza vitalícia é privativo para os cargos assim declarados pela Constituição da República e não pode ser aplicado a outros cargos ou funções públicas.

d) A *efetiva* é adequada para os servidores públicos, conferindo grau de estabilidade depois de vencido o período probatório de três anos (CF, art. 41). Aplicável exclusivamente aos agentes sujeitos ao regime estatutário e admitidos por concurso público.

e) A *em comissão* não confere vitaliciedade ou efetividade ao titular, sendo cabente nas nomeações para cargos ou funções de confiança (CF, art. 37,V). A nomeação será discricionária (o nomeante escolherá o nomeado em razão de sua aptidão e por vínculo de confiança).

6.2. ESTÁGIO PROBATÓRIO

A Constituição Federal impõe aos servidores públicos e a outros agentes públicos a necessidade de submissão a estágio probatório, como também a avaliação especial de desempenho. No âmbito da Administração Pública Federal (Lei n. 8.112/90, art. 20), o estágio tem duração de vinte e quatro meses e a avaliação deve levar em conta: a) assiduidade; b) disciplina; c) capacidade de iniciativa; d) produtividade; e) responsabilidade.

A Constituição Federal manteve para os juízes e promotores de justiça o estágio probatório em dois anos (CF, arts. 95, I, e 128, § 5º, I, *a*), como tempo necessário para o atributo da vitaliciedade. O ingresso na carreira da Magistratura e do Ministério Público, cujo cargo inicial é de substituto, é feito mediante concurso público de provas e títulos; o agente adquire a vitaliciedade após o estágio de dois anos de exercício, atuando como etapa obrigatória a participação em curso oficial ou reconhecido por escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados e membros do Ministério Público (CF, arts. 93, IV, 95, I, 128, I, *a*, e 129, § 4º, com a redação dada pela EC n. 45/2004 — Reforma do Judiciário e do Ministério Público). A chamada Reforma do Judiciário instituiu o Conselho Nacional da Justiça e do Ministério Público (CF, arts. 103-B e 130-A), mas a eles não atribuiu função suficiente para a determinação do desligamento de juízes e promotores vitalícios. Exercem os Conselhos funções de mero controle administrativo e financeiro, podendo expedir atos regulamentares, receber reclamações, rever processos disciplinares e determinar medidas, mas não deliberam acerca da perda do cargo, que continua a depender de sentença judicial transitada em julgado.

O estágio probatório necessário para que o agente público seja considerado estável deve ser de três anos (CF, art. 41), mas o STJ e o STF já decidiram em sentido oposto, compreendendo que o período do estágio não sofreu modificação por força da Emenda Constitucional n. 19/98, permanecendo válidas as disposições legais que o fixam em apenas dois anos (STF, MS 23.577-DF, rel. Min. Carlos Velloso; STJ, MS 9.373-DF, rel. Min. Laurita Vaz). As decisões estabelecem distinção entre a efetividade no cargo público (atributo do cargo ocupado pelo agente e obtida após o estágio) e a estabilidade no serviço

público (somente obtida após três anos). A prevalecer o entendimento exposto (a decisão do STJ é de 25-8-2004), o período do estágio pode ser menor do que o fixado para a efetividade no serviço público, que por força do art. 41 da Constituição Federal será sempre de três anos. Assim, o disposto na Lei n. 8.112/90 (art. 20), que fixa o estágio em vinte e quatro meses, não contraria o texto constitucional, como também não contraria as normas estaduais ou municipais que fixarem prazo menor do que três anos. Veja-se que a vinculação do período do estágio com o período indicado no art. 41 da Constituição Federal (três anos) é sugerida pela doutrina: v. g. Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 397), Diogenes Gasparini (*Direito administrativo,* cit., p. 189), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 258), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*, cit., p. 504-5), dentre tantos outros. De qualquer modo, veja-se que a estabilidade somente poderá ser obtida para os ocupantes de cargos de provimento efetivo e sujeitos ao regime jurídico estatutário, não se aplicando aos celetistas ou ocupantes de cargos em comissão, ou, ainda, aos meros exercentes de funções transitórias ou excepcionais.

6.3. VACÂNCIA

O desligamento do agente público corresponde à sua destituição do cargo, emprego ou função. Há vacância nas hipóteses de *exoneração*, que pode ser a pedido ou não, *demissão*, *falecimento*, *aposentadoria* e *readaptação*. A *exoneração "ex officio"* pode ocorrer para os cargos vitalícios, efetivos ou em comissão. Para os primeiros, sempre que não for satisfeito o estágio probatório, ou quando o agente, a despeito de ter tomado posse, não entra em exercício (Lei n. 8.112/90, arts. 34 e 35). A *demissão* é imposta pelo cometimento de falta disciplinar e tem a natureza de penalidade. A *aposentadoria*, transferência para a inatividade remunerada, pode ser *voluntária* (a pedido e desde que satisfeitos certos requisitos), *compulsória* (obrigatória) e *por invalidez*. A *readaptação* corresponde à investidura do agente em cargo compatível com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, fixada tal limitação em inspeção médica (Lei n. 8.112/90, art. 24).

A Lei n. 8.112/90 — Estatuto dos Servidores Públicos da União — prevê a ocorrência da vacância nas seguintes hipóteses: a) exoneração; b) demissão; c) promoção; d) readaptação; e) aposentadoria; f) posse em outro cargo inacumulável e; g) falecimento do agente (art. 33).

A Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 19/98, prevê outras duas hipóteses de desligamento: a) avaliação insatisfatória de desempenho (art. 41, § 1º, III); e b) para atender ao limite de despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169, § 4º).

A aposentadoria voluntária do emprego público não repercute no vínculo empregatício, ou seja, não induz à rescisão do contrato de trabalho (STF, RE 463.629/RS, j. 14-11-2006).

7 SINDICALIZAÇÃO E DIREITO DE GREVE

Os agentes públicos têm direito à sindicalização (CF, art. 37, VI) e a norma constitucional detém eficácia plena. O agente público não poderá ser dispensado do serviço público se estiver inscrito para eleição de cargo de direção ou representação sindical, durante o mandato e no período de um ano após o seu término, salvo se vier a cometer falta grave, na forma que dispuser a lei, ou se for ocupante de cargo de provimento em comissão, quando poderá, a qualquer tempo, ser dispensado (CF, arts. 37, VI, e 8º, VIII). O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a garantia prevista no art. 8º, VIII (que impede a dispensa nas hipóteses citadas) não é dirigida a proteger o agente ocupante de cargos em comissão (RE 183.884-SP, *Informativo STF* n. 152).

Já o exercício do direito de greve suscita polêmica. Ele pode ser exercido "nos termos e limites definidos em lei específica" (CF, art. 37, VII). Como não foi editada a norma regulamentadora do dispositivo constitucional, inúmeras decisões judiciais consideravam inadequado o exercício do direito de greve por servidores públicos. No entanto, em outubro de 2007, o STF considerou aplicável aos servidores públicos, ante a omissão do legislador, a Lei n. 7.783/89 e que regulamenta o direito de greve para a iniciativa privada na prestação de serviços essenciais (MI 670-ES, 708-DF e 712-PA).

O entendimento majoritário do STF modifica posicionamento anterior e que considerava o "preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil" como "norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente", dependeria da lei complementar (STF, MI 20, rel. Min. Celso de Mello).

Para a Lei n. 7.783, de 1989, são considerados serviços ou atividades essenciais: a) tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica; gás e combustíveis; b) assistência médica e hospitalar; c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; d) funerários; e) transporte coletivo; f) captação e tratamento de esgoto e lixo; g) telecomunicações; h) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; i) processamento de dados ligados a serviços essenciais; j) controle de tráfego aéreo; e k) compensação bancária.

Sendo considerada ilegal a greve imposta por servidores públicos, a ausência no serviço poderá configurar falta funcional e permitir, dentre outras sanções, o desconto dos dias não trabalhados. No entanto, já entendeu o STF que o acordo formalizado para viabilizar o movimento grevista sem o comprometimento dos serviços públicos inviabiliza a suspensão dos pagamentos (STF, R.E 197.196-7, rel. Min. Marco Aurélio). Ou seja, havendo negociação entre a Administração e os servidores em greve para viabilizar a prestação mínima de serviços, afastar-se-ia a suposta falta funcional. É que a Administração, nesse caso, teria reconhecido a legitimidade do movimento grevista.

Sindicalização e greve, porém, são direitos vedados para agentes públicos das carreiras militares e das Forças Armadas (CF, art. 142, § 3º, IV). De qualquer modo, o exercício do direito de greve não permite a formulação de propostas remuneratórias diversas das contempladas na Constituição Federal ou em lei específica, não sendo admitida convenção coletiva (STF, Súmula 679: "A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva"). Admitindo o exercício do direito de greve no serviço público e a aplicação do regime da Lei n. 7.783/89, fixou o STF a competência da Justiça Comum, e não da Justiça do Trabalho, para o eventual dissídio coletivo (STF, Rcl. 6.568/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 11-9-2008).

8 SISTEMAS REMUNERATÓRIOS

Há dois sistemas remuneratórios dos agentes públicos: *remuneração (vencimentos ou salários)* e *subsídio*. A *remuneração*, valor a que faz jus o servidor pelo período trabalhado, é devida à grande massa de agentes públicos (servidores ou agentes administrativos), correspondendo ao valor fixado em lei, chamado de "padrão" (vencimento, no singular), e às vantagens pessoais (vencimentos, no plural).

Os empregados públicos, ocupantes de emprego público e submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, percebem remuneração (na forma de *salário*).

Subsídio é modalidade de remuneração, fixado em parcela única e devido às carreiras indicadas na Constituição Federal ou na respectiva lei de regência. Por ser devido e fixado em parcela única, o subsídio não pode incluir qualquer vantagem pessoal (anuênios, quinquênios), mas não impede o recebimento de 13º salário, adicional noturno, adicional de férias, salário-família, porquanto a inovação trazida com a Emenda Constitucional n. 19/98 não alterou o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, de aplicação por força do art. 39, § 3º.

O subsídio é a forma de remuneração obrigatória para:

a) detentores de mandatos eletivos (Chefe e Vice do Executivo, membros do Legislativo);

b) ministros de Estado, secretários estaduais e municipais;

c) membros do Judiciário (Juízes, Desembargadores e Ministros);

d) membros do Ministério Público (Promotores, Procuradores de Justiça e Procuradores da República);

e) membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, além de Defensores Públicos;

f) ministros do Tribunal de Contas da União e Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios;

g) servidores policiais: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, policiais militares e corpos de bombeiros militares e policiais civis (carreiras previstas no art. 149 da CF).

O subsídio pode ser (facultativo) adotado para outros servidores organizados em carreira, desde que assim preveja o regime jurídico aplicável (CF, art. 39, § 8º).

Os demais agentes percebem remuneração (vencimentos) ou salários. A remuneração deve expressar tanto a soma do vencimento do cargo como as vantagens permanentes. As vantagens pecuniárias podem ser representadas por adicionais ou gratificações, incorporando-se ou não definitivamente na remuneração do agente.

Adicionais são vantagens devidas pelo tempo de serviço (*ex facto temporis*) ou pelo exercício de funções especiais (*ex facto officii*). *Gratificações* são devidas em razão de condições anormais do serviço (*propter laborem*) ou em razão de condições do servidor (*propter personam*). A totalização da parcela fixa (vencimento) e as gratificações e adicionais compõem a remuneração do servidor público. As vantagens e gratificações não podem incidir umas sobre as outras (CF, art. 37, X) e sempre são criadas e fixadas por lei. Aos agentes públicos (de qualquer espécie e independentemente do sistema remuneratório) é aplicável a garantia da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV). Trata-se de garantia mais ampla do que a aplicável aos trabalhadores civis (CF, art. 7º, VI), já que não admite exceção decorrente de convenção ou acordo coletivo. Por fim, o não pagamento pela Administração da remuneração devida aos seus agentes constitui dívida de valor, e deve ser paga com atualização monetária (STF, Súmula 682).

No sistema da Lei n. 8.112/90 (aplicável aos servidores da Administração Federal) e modificado pela Lei n. 11.355/2006, *vencimento* corresponde à retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei (art. 40), admitindo, ainda, o pagamento de *indenizações*, *gratificações* e *adicionais*. As *indenizações* podem ser:

a) *ajuda de custo* (compensação por despesas realizadas pelo servidor que, no interesse do serviço e em caráter permanente, passa a atuar em nova sede);

b) *diárias* (devidas ao servidor afastado, em caráter eventual ou transitório, da sede de seu local de trabalho);

c) *de transporte* (devidas ao servidor que, por meio próprio, realiza serviços externos); e

d) *auxílio-moradia* (ressarcimento das despesas relativas a alugueres ou hospedagem a servidores em condições especiais).

Os *adicionais* (art. 61) podem ser: *adicional pela prestação de serviço extraordinário, adicional noturno, adicional pelo exercício de atividades específicas (insalubres, perigosas, penosas), adicional de férias*, além da retribuição pelo *exercício de função de direção, chefia e assessoramento*. As gratificações podem ser: *natalina*, *por encargo de curso ou concurso* (art. 76-A, alterado pela Lei n. 11.314/2006).

9 LIMITAÇÕES REMUNERATÓRIAS

A Constituição Federal impõe o teto remuneratório para os agentes públicos vinculados a cargos, empregos ou funções públicas, sendo dirigido a todos, inclusive aos detentores de mandato, aos empregados públicos de empresas públicas e de sociedades de economia mista e subsidiárias que recebem recursos dos entes estatais para o custeio de pessoal ou custeio em geral, além de ser aplicável também para o cálculo de pensões.

O teto corresponde ao subsídio percebido pelo Ministro do STF, não computadas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (CF, art. 37, XI, com a redação dada pela EC n. 47/2005). Os subsídios dos Ministros do STF vinculam os Três Poderes e são aplicáveis a toda a Federação.

O teto local (ou subteto) no âmbito dos Municípios será igual ao subsídio dos Prefeitos, e nos Estados e Distrito Federal dependerá do Poder a que estiver vinculado o agente. Assim, aplica-se, para o Executivo, o subsídio do Governador; para o Legislativo, os subsídios dos Deputados e, para o Judiciário, os subsídios dos Desembargadores, vinculados estes a 90,25% do subsídio mensal em espécie do fixado para os Ministros do STF. Ao Ministério Público, às Procuradorias e Defensorias Públicas são aplicáveis as mesmas regras próprias do Judiciário.

Os Estados e o Distrito Federal poderão fixar, no âmbito do Executivo, como teto único, o valor equivalente ao subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça respectivo, desde que respeitado o limite de 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do STF e promovida a adoção por Emenda às Constituições e à Lei Orgânica do Distrito Federal. A faculdade não é dirigida ao Legislativo Estadual ou Distrital e aos Municípios. A Emenda Constitucional n.

47/2005 impôs a exclusão das parcelas de caráter indenizatório, modificando a redação anterior do art. 37, XI, da Constituição Federal, como também introduziu a regra do § 12, permitindo a adoção de teto próprio no âmbito dos Estados e do Distrito Federal.

Em síntese:

• Limite remuneratório aplicável a todos: subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, excluídas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei:

• União:

— Poder Executivo: subsídio mensal dos Ministros do STF;

— Poder Legislativo: subsídio mensal dos Ministros do STF.

• Estados e Distrito Federal:

— Poder Executivo: subsídio mensal do Governador;

— Poder Legislativo: subsídio mensal dos Deputados;

— Poder Judiciário: subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF;

— Ministério Público, Procuradoria e Defensoria: subsídio mensal dos Desembargadores, limitado a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

• Municípios:

— Poder Executivo: subsídio do Prefeito;

— Poder Legislativo: subsídio do Prefeito.

Como visto, os Estados (por Emenda à Constituição) e o Distrito Federal (por Emenda à Lei Orgânica) poderão adotar, para o Executivo e como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, não sendo a faculdade aplicável aos membros do Legislativo Estadual e Distrital (CF, art. 37, § 12).

O CNJ editou a Resolução n. 14, de março de 2006, e que impôs o regime aplicável à remuneração (por subsídios) a todos os Magistrados.

10 REVISÃO ANUAL

A remuneração dos agentes públicos está sujeita a revisão anual (CF, art. 37, X), tratando-se de *direito subjetivo* dos agentes públicos. A

revisão periódica deve ser estabelecida no âmbito de cada pessoa política e deve considerar a desvalorização ou perda do poder aquisitivo do servidor ao longo do tempo transcorrido. Deve ser, no mínimo, anual e aplicável para todas as carreiras do serviço público. Nada impede, porém, que a Administração conceda revisões específicas para algumas categorias profissionais ou que a elas deferia índices de aumento superiores. Há, assim, necessidade de revisão genérica (a todos aplicável), sem prejuízo de revisões específicas que podem ser aplicadas. Os índices de aumento devem ser adotados segundo os critérios da oportunidade e conveniência (disponibilidade orçamentária, responsabilidade fiscal, economicidade), mas não pode a lei local vinculá-los a índices próprios de outras pessoas políticas (Súmula 681, STF: "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária").

11 IRREDUTIBILIDADE

Todos os agentes públicos gozam da garantia da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV). Antes, garantia típica dos magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, hoje é aplicável a todos, inclusive os que mantêm relação de emprego ou ocupantes de cargos em comissão. Já se supôs que a irredutibilidade fosse real, mas prepondera entendimento de que a sua natureza era apenas nominal. Ou seja, a remuneração não será revista porque reduzida em razão da perda do poder aquisitivo dos vencimentos, salários ou subsídios, seja ele decorrente da inflação ou da incidência de novos impostos. Também não diz respeito à intangibilidade das vantagens pecuniárias, podendo as gratificações sofrer reduções ou limitações quantitativas. Pode ocorrer que a adoção de novos limites remuneratórios alcance servidores cuja remuneração seja superior, como adveio das sucessivas reformas administrativa, previdenciária e do Judiciário. Nesse caso, o servidor, quando o teto é imposto, não poderá vir a sofrer a redução do valor nominal, mas permanecerá fazendo jus a uma "parcela absorvível" posteriormente.

12 APOSENTADORIA

Há dois regimes previdenciários previstos no sistema constitucional: a) regime geral da previdência social — RGPS (CF, arts. 201 e s.); b) regime previdenciário peculiar ao serviço público ou regime próprio de servidor público — RPSP (CF, art. 40).

As sucessivas reformas previdenciárias (EC n. 20/98, 41/2003, 47/2005) refundaram o sistema previdenciário aplicável ao serviço público aproximando-o do modelo reservado para o regime geral da previdência social, a par de instituírem profusão indesejada de regras aplicáveis, sobretudo conforme a data do ingresso do agente no serviço público.

O regime passou a ser *contributivo e solidário*, pois deve ter como fonte de custeio as contribuições devidas por todos (pelo ente público, pelos servidores ativos e inativos e pelos pensionistas), de modo a manter o equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 40, *caput*). Já não subsiste a aposentadoria determinada exclusivamente por tempo de serviço, reclamando o atendimento de outros requisitos (idade mínima, tempo de contribuição, tempo no serviço público, tempo no cargo).

Todos os agentes públicos (inclusive os integrantes das Forças Armadas, carreiras policiais, Defensorias, Procuradorias, Judiciário e Ministério Público), como também os inativos e pensionistas, estão obrigados ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária, a ser instituída pelo respectivo ente estatal, não podendo ser "inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União" (CF, art. 149, § 1º).

O STF considerou constitucional a contribuição devida pelos inativos e pensionistas (ADIns 3.105 e 3.128), por aplicação do critério da solidariedade próprio dos regimes previdenciários.

Cada ente estatal deve estabelecer, por lei, apenas um regime próprio para os seus servidores titulares de cargos efetivos, assim como a respectiva unidade gestora (CF, art. 40, § 20), aplicando-se ao regime próprio, no que couber, os requisitos e critérios do regime geral (CF, art. 40, § 12).

Para assegurar recursos necessários para o pagamento de proventos (retribuição pecuniária devida aos inativos) e pensões, em regime

de complementação aos recursos públicos, os entes públicos poderão instituir fundos de previdência, integrados pelos recursos advindos das contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza (CF, art. 249). Assim, a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão, desde que legislem, instituir fundos próprios, vinculadas as suas receitas ao pagamento de proventos e pensões. No regime geral da previdência social também admite-se a criação de fundos previdenciários, com idênticos propósitos, mas a competência para instituí-los e para arrecadar contribuições é da União (CF, art. 250).

Estão sujeitos ao regime peculiar ao serviço público:

a) os agentes titulares de cargos efetivos (CF, art. 40, *caput*);

b) os titulares de cargos vitalícios (magistrados, membros do Ministério Público, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas — CF, arts. 93, VI, 129, § 4º, e 73, § 3º).

Estão sujeitos ao regime geral da previdência social (CF, art. 40, § 13):

a) os empregados públicos (sujeitos ao regime previsto na CLT);

b) os ocupantes de cargo em comissão;

c) os temporários (contratados na forma do art. 37, IX, da CF).

Agente público nomeado para cargo em comissão somente terá direito à percepção de aposentação segundo o regime peculiar se titularizar cargo efetivo ou vitalício, ainda que dele esteja afastado temporariamente. Por isso, se determinada pessoa é nomeada, por exemplo, para o exercício do cargo de Secretário ou Ministro de Estado, não terá direito à aposentadoria nos moldes aplicáveis ao serviço público, salvo se estiver afastada de cargo de provimento efetivo que titularize.

A Constituição estabelece três espécies ou modalidades de aposentadoria, admitindo outras três espécies sujeitas a requisitos especiais.

As modalidades são:

- voluntária;
- compulsória;
- por invalidez.

A aposentadoria pode assegurar o direito à percepção de proventos integrais ou proporcionais, mas já não subsiste a paridade de tratamento remuneratório. Os proventos serão calculados em razão do tempo de contribuição.

12.1. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

A aposentadoria *voluntária* decorre de pedido do agente público, mas desde que satisfeitos os seguintes requisitos:

• Idade mínima: 60 anos para os homens; 55 anos para as mulheres.

• Tempo de contribuição: 35 anos para os homens; 30 anos para as mulheres.

• Tempo de serviço público: 10 anos de efetivo exercício.

• Tempo no cargo: 5 anos.

A idade mínima e o tempo de contribuição são reduzidos em *cinco anos*, em se tratando de *professor que comprove exclusivamente tempo efetivo das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio* (CF, art. 40, § 5º). Para o cálculo do tempo de serviço não são computados os períodos de trabalho fora da sala de aula (STF, Súmula 726).

As aposentadorias sujeitas a critérios *especiais* podem ser estabelecidas em lei complementar, sendo aplicáveis exclusivamente aos agentes públicos (CF, art. 40, § 4º):

a) portadores de deficiência;

b) que exerçam atividades de risco;

c) cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A aposentadoria proporcional exige:

• Idade mínima: 65 anos para os homens; 60 anos para as mulheres.

• Tempo de serviço: 10 anos;

• Tempo no cargo: 5 anos.

Os proventos, assim também as pensões, serão calculados em razão do tempo de contribuição (CF, art. 40, § 3º), havendo a mitigação da paridade de tratamento remuneratório (a paridade deixou de ser plena). Os proventos não podem superar a remuneração do servidor

no cargo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (CF, art. 40, § 2º), como também jamais poderão ser inferiores ao valor do salário mínimo (hipótese aplicável para a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de contribuição). A base de cálculo será o salário de contribuição ou a remuneração sobre a qual incidiu a contribuição previdenciária, aplicando-se as regras da Lei n. 10.887/2004.

Os proventos integrais são calculados segundo a média dos 80% maiores salários de contribuição, corrigidos monetariamente e considerado todo o período contributivo, e os critérios de reajuste serão definidos em lei (não há paridade garantida na CF). Os proventos proporcionais (aposentadoria voluntária por idade) são calculados na forma da Lei n. 10.887/2004, ou segundo a média dos 80% maiores salários de contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo; porém, os valores estarão limitados ao teto do valor dos benefícios do regime geral da previdência social.

A paridade (identidade de tratamento remuneratório para os da ativa e os aposentados), como dito, foi mitigada. Os servidores não mais perceberão proventos cuja totalidade coincida com a remuneração devida aos servidores na ativa, salvo se atendidas as regras de transição constantes das Emendas Constitucionais n. 41/2003 e n. 47/2005.

Assim, a aposentadoria pode assegurar o direito à percepção de proventos integrais, calculados em razão do tempo e dos valores da contribuição, como também o direito à percepção de proventos proporcionais, como visto.

Por fim, aos empregados públicos, sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, a aposentadoria não repercute no vínculo contratual ou empregatício, como decidiu o STF (RE 463.629/RS) e ao contrário do que prescrevia a Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI-1, do TST. O STF declarou, assim, a inconstitucionalidade do disposto no art. 453, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

12.1.1. REGRAS DE TRANSIÇÃO

Os agentes públicos que foram admitidos antes da publicação da Emenda Constitucional n. 41, ou seja, 19 de dezembro de 2003, po-

dem requerer a aposentadoria e terão direito à paridade plena se atendidos os seguintes requisitos:

• Idade mínima: 60 anos para os homens; 55 anos para as mulheres.

• Tempo de contribuição: 35 anos para os homens; 30 anos para as mulheres.

• Tempo de serviço público: 25 anos de efetivo exercício.

• Tempo na carreira: 10 anos.

• Tempo no cargo: 5 anos.

A Emenda Constitucional n. 47/2005 alterou a aplicação da regra de transição e estendeu a paridade plena aos agentes que cumprirem aqueles requisitos até o dia 31 de dezembro de 2003.

Há, ainda, outras regras de transição: os agentes que ingressaram no serviço público até a Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1998, terão direito à aposentadoria com proventos integrais desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

• Tempo de contribuição: 35 anos para os homens; 30 anos para as mulheres.

• Tempo de serviço público: 25 anos de efetivo exercício.

• Tempo na carreira: 15 anos.

• Tempo no cargo: 5 anos.

A idade mínima deve corresponder ao resultado da redução de um ano para cada ano de contribuição que exceder ao tempo de contribuição (35 ou 30, a depender do sexo). Assim, para cada ano que exceder o tempo de contribuição, haverá a redução de igual proporção da idade mínima. Batizou-se a fórmula de cálculo de "regra 95 para homens ou fórmula 85 para mulheres", ou seja, a soma da idade e do tempo de contribuição deverá corresponder a 95 para os homens ou 85 para as mulheres. Por exemplo, servidor que tenha ingressado antes de 16 de dezembro de 1998, que conte com idade igual a 59 anos e já tenha computado trinta e seis anos de contribuição (idade + contribuição: 95), poderá requerer a sua aposentação, assegurando-se-lhe direito a perceber proventos efetivamente integrais.

Subsiste a possibilidade, no entanto, de o agente que ingressou antes de 16 de dezembro de 1998 requerer a sua aposentadoria *propor-*

cional segundo a fórmula disposta na Emenda Constitucional n. 20/98, e os requisitos serão:

• Idade mínima: 53 anos para os homens; 48 para as mulheres.

• Tempo de contribuição: 35 anos para os homens; 30 para as mulheres, sujeitando-se a período adicional (pedágio).

• Tempo no cargo: 5 anos.

O período adicional (chamado de *pedágio*) será de 20% do tempo que faltava para o tempo mínimo na data da Emenda Constitucional n. 20 (16-12-1998). Poderão requerer a aposentadoria voluntária, mas não terão assegurado o direito à percepção de proventos integrais, apenas proporcionais ao tempo de contribuição e calculados com base na média das contribuições do agente público e com dois redutores: 3,5% por ano para os que requererem a aposentadoria até 31 de dezembro de 2005; 5% por ano para os que requererem após 1º de janeiro de 2006. Haverá, assim, *desconto por ano antecipado*.

Vale indicar, no entanto, que para os que ingressarem no serviço público as regras de transição não são aplicáveis, cominando-se-lhes as notas do item anterior (12.1.1).

12.2. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A aposentadoria por invalidez é determinada em razão da impossibilidade absoluta de o agente continuar a exercer as funções próprias do cargo que titulariza, sendo inviável também a *readaptação* a outro cargo que lhe seja compatível. A aposentadoria por invalidez depende de prévia avaliação médica, e para a sua concessão não há discricionariedade. Assegurará proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição. Serão integrais se a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave (CF, art. 40, § 1º, I). Permite o deferimento de proventos integrais a aposentadoria determinada em razão de doença grave, contagiosa ou incurável, e deve a lei cuidar de estabelecer fórmula de cálculo para os proventos proporcionais que não corresponda à violação dos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Explica-se: tendo o servidor direito apenas a perceber proventos proporcionais ao tempo de contribuição e tendo a invalidez como

causa determinante fator estranho ao serviço público, poderá ele, se a invalidez ocorrer nos primeiros anos de serviço público, perceber proventos que não correspondam ao mínimo desejado. Melhor se a lei local repetir a regra disposta na Lei n. 8.112/90, art. 191, e que impede a fixação, para os servidores da Administração Pública federal, dos proventos proporcionais em patamar inferior a um terço da remuneração devida na atividade (a propósito, *v*. Hermes Arrais Alencar, *Benefícios previdenciários*, 2. ed., LEUD, 2005).

12.3. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

A aposentadoria *compulsória* é determinada aos 70 anos de idade, com direito à percepção de proventos proporcionais ao tempo de contribuição (CF, art. 40, § 1º, II). Se o agente já satisfez todos os requisitos legais para a obtenção da aposentadoria e persiste no serviço público até atingir a idade limite (70 anos), poderá ter direito à percepção de proventos integrais, uma vez que se lhe aplicam as mesmas regras próprias da aposentadoria voluntária.

O STF excluiu da aposentação compulsória os notários ou agentes delegados, compreendendo que estes não se sujeitam ao regime previdenciário peculiar ao serviço público.

A aposentadoria compulsória é declarada por ato administrativo, com vigência imediata a partir do dia imediatamente seguinte àquele em que o servidor atingiu a idade limite (Lei n. 8.112/90, art. 187).

13 DEVERES DOS AGENTES PÚBLICOS

Os deveres, ou obrigações, dos agentes públicos estão expressos no texto constitucional e nos diversos Estatutos dos Servidores Públicos. A Lei n. 8.429/92 também expressa a possibilidade de sancionamento da conduta do agente ímprobo, ou seja, autor de ato de improbidade administrativa (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito do agente ou do particular beneficiado; atos que importam dano ao Erário e atos que importam violação aos princípios da Administração — cf. arts. 9º, 10 e 11). Pela doutrina são anotados os seguintes deveres: a) dever de lealdade (para com a entidade estatal a que está vinculado); b) dever de obediência (acatamento à lei e às

ordens de superiores); c) dever de conduta ética (de honestidade, moralidade, decoro, zelo, eficiência e eficácia).

14 RESPONSABILIDADE DO AGENTE

A prática de ato ilícito pelo agente público no exercício de suas funções pode ensejar a responsabilização civil, criminal e administrativa.

A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal são fixadas pelo Judiciário, segundo as normas do direito civil e do direito penal. A responsabilidade administrativa é apurada e fixada pela própria Administração Pública, em sede de procedimento próprio (processo administrativo disciplinar ou sindicância). Em qualquer caso, porém, há necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa.

14.1. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A prática de ilícito funcional pelo agente público (não cumprimento dos deveres próprios do cargo, emprego ou função) determina para a Administração o dever de apurar e reprimir a conduta do agente. Os instrumentos adequados para a apuração e punição (*poder disciplinar*) serão sempre os indicados na lei de regência (estatuto ou normas próprias). Em geral, o processo administrativo é batizado por "processo administrativo disciplinar" (*pad*), mas também é admissível a chamada "sindicância" de caráter punitivo.

O processo administrativo disciplinar é reservado, no âmbito da Administração Pública federal, para a apuração de infrações graves e que expõem o servidor às penas de *demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição do cargo em comissão ou de função comissionada ou de suspensão por período superior a trinta dias.* Já a sindicância fica reservada para as infrações que comportem *suspensão por período inferior a trinta dias ou advertência.*

No modelo da Administração Federal (Lei n. 8.122/90), a sindicância não antecede o processo disciplinar, salvo se dela decorrer a possibilidade de aplicação de uma daquelas sanções. A sindicância, assim, tem caráter punitivo e deve respeitar a ampla defesa e o contraditório. Sindicância como mero instrumento de investigação, de natu-

reza inquisitiva ou não contraditória, somente será compatível com o sistema constitucional se dela não decorrer a aplicação de sanção ou obrigações ao servidor. Como mera fase de investigação, portanto, não há necessidade de estabelecimento do contraditório, mas como meio de aplicação das sanções que a lei admite, há de respeitar o devido processo legal.

O processo disciplinar jamais deixará de respeitar aquelas garantias decorrentes do devido processo legal, somente sendo válido se instaurado e presidido por autoridade competente para tanto. Em regra, as leis que estabelecem o regime jurídico dos servidores admitem diferenciação quanto a autoridade competente para a aplicação das sanções, levando-se em conta a gravidade. Demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, no sistema da Administração Federal, somente serão aplicáveis pelo Presidente da República (no âmbito do Executivo), enquanto a advertência e suspensão de até trinta dias são aplicáveis na forma indicada nos regulamentos internos ou suspensão por período superior a trinta dias (no máximo noventa dias) pode ser aplicada por Ministros de Estado, por exemplo.

Como não há unicidade e a cada pessoa política compete a fixação das regras próprias do processo disciplinar, por sindicância ou não, é indispensável o estudo da legislação aplicável para cada situação em estudo.

Interessa notar que para o STF a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não viola a Constituição (Súmula Vinculante 5).

A sanção em razão do cometimento de ilícito administrativo deve estar prevista em lei, e será fixada em conformidade com a gravidade da infração. A extinção da pena disciplinar pode decorrer do seu cumprimento, da prescrição ou do perdão. A prescrição opera a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo e o perdão depende de lei ou ato normativo geral editado pelo próprio Poder que aplicou a sanção (o Legislativo não pode impor o perdão aos servidores do Executivo e vice-versa). A pena de demissão não é suscetível de perdão. Assim, este somente pode ser concedido enquanto mantido o vínculo com a Administração Pública. A pena de demissão não é aplicável aos vitalícios, porquanto depende de processo judicial (CF, arts.

95, I, e 128, § 5º, I, *a*). A apuração da responsabilidade administrativa independe, pois, do Judiciário. Adiante estudaremos os princípios e regras próprios do processo administrativo (Capítulo XII).

14.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pressupõe a causação de dano ou prejuízo ao patrimônio público pelo agente público. Pode ser apurada internamente e resultar em acordo com o servidor sempre que se cuidar de dano causado ao Estado, como pode exigir o ajuizamento de ação de natureza civil. A Administração não pode, salvo com a concordância do servidor, proceder por decisão própria aos descontos em folha de pagamento. A decisão que imputa a obrigação de reparar o dano não é dotada de autoexecutoriedade e apenas com a anuência do servidor poderá ser efetuada a retenção compensatória (nesse sentido: STF, MS 24.182-DF e CLT, art. 462, § 1º).

A Lei n. 8.112/90 (aplicável apenas para os servidores da Administração Federal), com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45/2001, prevê o prazo máximo de trinta dias para o pagamento, admitindo o parcelamento e desconto na remuneração, provento (se já estiver aposentado) ou pensão. A parcela descontada, porém, não pode exceder a 10% do total da remuneração devida ao agente ou aos pensionistas. Se o dano tiver sido praticado contra terceiro, porém, responderá o Estado (CF, art. 37, § 6º), restando-lhe a ação regressiva (STF, RE 327.904, j. 15-8-2006 — o servidor *somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular*, e não na ação movida pelo lesado). Em qualquer caso, para que o agente seja responsabilizado é indispensável a configuração do ilícito civil (ação, culpa ou dolo, relação de causalidade e verificação do dano).

14.3. RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade criminal decorre da prática de crime ou contravenção penal, é apurada e fixada pelo juízo criminal, segundo as normas próprias (Código Penal, Código de Processo Penal e legislação especial).

A decisão proferida no juízo criminal (na ação penal) somente repercute na Administração (comunicabilidade das instâncias), inibindo o processamento do processo administrativo se: a) negar a existência do fato; b) negar a autoria. Assim, se determinado agente é denunciado pela prática do crime de concussão e no juízo criminal é absolvido porque o fato não ocorreu ou, tendo ocorrido, não é o seu autor, deverá ser absolvido na esfera administrativa também. O mesmo se aplica à responsabilidade civil (CC, art. 935). O art. 92 do Código Penal determina a possibilidade de perda do cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
b) nas demais hipóteses quando a pena aplicada for superior a quatro anos.

Por fim, veja-se que perda da função pública, como também a suspensão de direitos políticos, poderá decorrer de condenação definitiva imposta em sede de ação de improbidade administrativa, aplicando-se o disposto no art. 12, I, II e III, da Lei n. 8.429/92. Os atos de improbidade não possuem natureza penal e são apurados por meio de ação civil.

15 SÚMULAS DO STF

Súmula Vinculante 5:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula Vinculante 13:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Súmula 11:

A vitaliciedade não impede a extinção do cargo, ficando o funcionário em disponibilidade com todos os vencimentos.

Súmula 15:

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Súmula 16:

Funcionário nomeado por concurso tem direito à posse.

Súmula 17:

A nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse.

Súmula 18:

Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.

Súmula 19:

É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.

Súmula 20:

É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

Súmula 21:

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Súmula 22:

O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.

Súmula 36:

Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade.

Súmula 359:

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Súmula 679:

A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.

Súmula 680:

O direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.

Súmula 681:

É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.

Súmula 682:

Não ofende a Constituição a correção monetária no pagamento com atraso dos vencimentos de servidores públicos.

Súmula 683:

O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Súmula 684:

É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.

Súmula 685:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Súmula 686:

Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação a cargo público.

Súmula 726:

Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

16 SÚMULAS DO STJ

Súmula 137:

Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de

servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário.

Súmula 218:

Compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação de servidor estadual decorrente de direito e vantagens estatutárias no exercício de cargo em comissão.

Súmula 147:

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

Súmula 377:

O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Quadro sinótico – Agentes públicos

Espécies	**a)** agentes políticos (Chefes dos Poderes, Juízes, Promotores e Procuradores de Justiça e da República, membros dos Tribunais de Contas); **b)** servidores públicos ou agentes administrativos; **c)** empregados públicos sujeitos à CLT; **d)** servidores temporários; **e)** ocupantes de cargos em comissão; **f)** particulares em regime de colaboração (agentes delegados credenciados e honoríficos – convocados); **g)** servidores militares.	
Regime Jurídico	— estatutário — CLT, para os empregados públicos — regime próprio ou peculiar (CF, art. 37, IX).	
Regime Jurídico Único	— Não subsiste por força da Emenda Constitucional n. 19/98 (ADIn 2.135, j. 2-8-2007).	
Acessibilidade	— brasileiros e estrangeiros (CF, art. 37, I, com redação dada pela EC n. 19/98). — Exceção: cargos privativos de brasileiros natos (CF, art. 12, § 3º).	
	Concurso de Ingresso	— (CF, art. 37, II) – exigência do concurso público;

<table>
<tr><td rowspan="5">Acessibilidade</td><td rowspan="3">Concurso de Ingresso</td><td>— Exceções</td><td>1. cargos de livre nomeação (CF, art. 37);
2. servidores temporários (CF, art. 37, IX);
3. as funções de confiança (CF, art. 37, V);
4. agentes comunitários (CF, art. 198, § 4º).</td></tr>
<tr><td>— Princípios</td><td>1. publicidade
2. competitividade
3. igualdade entre os concorrentes</td></tr>
<tr><td>— Validade</td><td>— até dois anos (CF, art. 37, III).
— admite prorrogação (uma única vez)</td></tr>
<tr><td>Pessoa Jurídica com Deficiência – Inclusão Social</td><td colspan="2">CF, art. 37, VIII</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Cargos em Comissão e Funções de Confiança</td><td colspan="2">— Súmula Vinculante 13 do STF, de 21-8-2008</td></tr>
<tr><td colspan="2">— Ver CF, art. 37, XVI, XVII</td></tr>
<tr><td>Investidura ou Provimento</td><td colspan="2">— refere-se à forma de vinculação ao cargo ou à função. Pode ser: política, originária ou derivada, vitalícia, efetiva ou em comissão.</td></tr>
<tr><td>Vacância ou desligamento</td><td colspan="2">— exoneração, a pedido ou não, demissão, aposentadoria, falecimento etc.</td></tr>
<tr><td>Sindicalização (CF, art. 37, VI)</td><td colspan="3">— É livre o direito à filiação sindical. O agente público não poderá ser dispensado se estiver inscrito para eleição de cargo de direção ou representação sindical, exceto por falta grave.</td></tr>
</table>

Greve (CF, art. 37, VII)	— para o STF, aplica-se a Lei n. 7.783/89 aos servidores públicos. — serviços essenciais: **a)** tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica; gás e combustíveis; **b)** assistência médica e hospitalar; **c)** distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; **d)** funerários; **e)** transporte coletivo; **f)** captação e tratamento de esgoto e lixo; **g)** telecomunicações; **h)** guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; **i)** processamento de dados ligados a serviços essenciais; **j)** controle de tráfego aéreo; e **k)** compensação bancária.
Sistemas Remuneratórios	— vencimentos (padrão + vantagens pessoais) — salário (devido aos empregados públicos) — subsídios (manter o texto)
Revisão Anual (CF, art. 37, X)	— "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária" (Súmula 681, STF).
Irredutibilidade	— (CF, art. 37, XV)
Aposentadoria	— regime geral da previdência social (CF, arts. 201 e s.) — regime previdenciário peculiar ao serviço público ou regime próprio de servidor público (CF, art. 40)
Súmulas do STF	— Súmulas Vinculantes 5 e 13; Súmulas 11, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 36, 359, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 726
Súmulas do STJ	— Súmulas 137, 218, 147

Capítulo XI
BENS PÚBLICOS

1 INTRODUÇÃO

Adota-se a expressão "bens públicos" e não "domínio público", conquanto seja aquela mais ampla e abrangente do que esta. Domínio (derivado do latim *dominium*) significa o direito sobre uma coisa (bem) que é detida por alguém. Bens (derivado do latim *bene*) correspondem a *res*, ou coisas, corpóreas ou incorpóreas, que tenham proprietário ou possuidor. O domínio público é constituído por bens públicos.

O domínio público foi conceituado por Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 457) em sentido amplo e em seus desdobramentos políticos e jurídicos, e nominado de *eminente* e *patrimonial*. Em sentido amplo, corresponde ao poder de dominação ou de regulamentação que o Poder Público exerce sobre os bens de seu patrimônio, do particular ou aos de fruição geral (*res nullius*). O domínio eminente é o resultado do poder político, pelo qual o Poder Público submete à sua vontade todas as coisas de seu território (manifestação da soberania interna), abrangendo todos os bens e legitimando as intervenções na propriedade privada. O domínio patrimonial corresponde ao direito de propriedade, sujeito, porém, ao regime do direito administrativo (público), e não ao regime do direito civil (privado).

2 BENS PÚBLICOS — CONCEITO

É o conjunto de bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público (União, Distrito Federal, Estados-Membros, Municípios, autarquias e fundações), assim como os que estejam destinados à prestação de serviços públicos, equiparando-se a estes o conjunto de bens formadores do patrimônio das pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) criadas pelas entidades estatais, quando prestadoras de serviços públicos.

O conceito não encontra respaldo em toda a doutrina. Há quem exclua da categoria os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista — *v.* item 5 do Capítulo V) por somente reconhecer a aplicação do conceito aos bens sujeitos exclusivamente ao regime do direito público. Mas o patrimônio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, assim como o das concessionárias de serviços públicos, são equiparados a bens públicos, visto estarem sujeitos a regime especial, podendo ser gravados de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade (o STF considerou constitucional a extensão da inalienabilidade de bens pertencentes à EBCT — AI 243.250-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-2-2004). Ademais, a administração dessas pessoas jurídicas deve seguir os parâmetros fixados pelo art. 37 da Constituição Federal, estando elas sujeitas a controle legislativo (Congresso Nacional, Assembleia Legislativa e Câmara Municipal — Tribunais de Contas) e a controle jurisdicional (em especial por ação popular e ação civil pública, inclusive por improbidade administrativa — Lei n. 8.429/92).

Se tomada a classificação imposta pelo Código Civil, somente serão públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público (art. 98). No entanto, o regime especial de proteção do patrimônio público também toca os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado criadas por desejo do Poder Público (como as empresas públicas e as sociedades de economia mista), daí a atribuição da natureza pública, mas em sentido amplo. Tanto assim que as florestas públicas localizadas nos entes públicos ou nas entidades da Administração Indireta (independentemente da personalidade jurídica de direito público ou privado) são tidas como bens públicos (Lei n. 11.284, de 2006).

Em síntese, adotando-se, como dito, a regra prevista no Código Civil, art. 98: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem".

Como as pessoas jurídicas de direito público são aquelas enumeradas pelo art. 41 do Código Civil, o patrimônio das demais entidades estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista) não seriam públicos, mas privados sujeitos à Administração Pública.

3 CLASSIFICAÇÃO

A classificação dos bens segundo a sua destinação é ofertada pelo Código Civil (art. 99):

a) *bens de uso comum* — são os de uso de todos indistintamente (ruas, avenidas, praças, rodovias, mares);

b) *bens de uso especial* — prestam-se à execução de serviços públicos, destinados à fruição exclusiva do Poder Público (repartições públicas) ou à fruição geral (museus, universidades, parques etc.);

c) *dominicais* (ou *dominiais*) — constituem o patrimônio disponível, exercendo o Poder Público os poderes de proprietário como se particular fosse; não possuem destinação específica, seja porque o uso não é indistintamente permitido, seja porque o Poder Público não necessita da sua fruição. Por lei é permitida a formação de patrimônio dessa natureza (excepcional, diante da regra). A expressão *dominiais* é empregada como sinônimo de *dominicais*. No entanto, pode-se estabelecer distinção, correspondendo os bens dominiais ao gênero (todos os bens sob o domínio público) e dominicais como espécie (os que integram o patrimônio público disponível).

4 DEFESA DE BENS PÚBLICOS

O regime imposto pelo direito público não priva o Poder Público de se valer dos institutos do direito privado para a defesa de seu patrimônio, de seus bens. Assim, tratando-se de bens imóveis, por exemplo, pode valer-se das ações possessórias (reintegração e manutenção de posse) e, quando o caso, do mandado de segurança. Há decisão que reconheceu legítima a defesa autoexecutória da Administração em hipótese de esbulho.

5 AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

Exceção para os dominicais, todos os bens públicos (de uso comum ou de uso especial) são adquiridos ou incorporados ao patrimônio público para uma destinação específica. A essa destinação especí-

fica é que podemos chamar de afetação. A retirada dessa destinação, com a inclusão do bem entre os dominicais (que compõem o patrimônio disponível), corresponde à desafetação.

A afetação de bens a uso comum pode decorrer de fato natural (rios, mares), da própria natureza do bem (rodovias, estradas, praças e avenidas), de imposição legal ou de ato administrativo (que impõe a modificação de uso especial para o uso comum). A desafetação, porém, dependerá de lei ou de ato administrativo consequente de autorização legislativa. A modificação da destinação de um bem de uso comum ou especial para dominical também depende de lei e somente por exceção pode decorrer de um fato natural inteiramente estranho ao desejo do legislador e do administrador, como ocorre, por exemplo, quando de um desabamento com a destruição de determinado prédio público. Importante, porém, fixar que o não uso não impõe a desafetação.

Disso decorre que a afetação e a desafetação tanto podem ser tácitas como expressas, ou seja, decorrentes ou não de lei ou ato administrativo. Compreendidas como expressões de *fato administrativo* (*v.* Capítulo IX — Atos administrativos), independem de qualquer manifestação de vontade da Administração para que ocorram. Seria relevante não "a forma pela qual se processa a alteração da finalidade", mas "a ocorrência em si da alteração da finalidade" (José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 1008). Ainda que se possa considerar possível a modificação *natural* ou consequente da finalidade do bem público (desafetação), ponderamos pela necessidade de concorrer, ainda que posteriormente, expresso reconhecimento veiculado em ato administrativo ou lei, especialmente em razão dos efeitos jurídicos que dela decorrem.

6 REGIME JURÍDICO

Como já dissemos, os bens públicos são regidos por regime jurídico de direito público, capazes de assegurar ao patrimônio público atributos especiais e que exorbitam o direito privado. Assim, os bens públicos são gravados de:

a) inalienabilidade (não estão sujeitos, em regra, à transferência de domínio);

b) imprescritibilidade (são insuscetíveis de ser adquiridos por usucapião — CF, arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, e Decreto-Lei n. 9.760/46, art. 200);

c) impenhorabilidade (são insuscetíveis de constrição judicial por penhora — CF, art. 100);

d) não oneração (não podem ser dados em garantia).

A inalienabilidade é relativa, porquanto se admite a transferência de domínio dos bens dominicais (exige-se lei autorizativa, avaliação prévia e licitação). A imprescritibilidade é absoluta. "Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião" (STF, Súmula 340). As Constituições de 1934, 1937 e 1946 consagraram a usucapião *pro labore* (deferida ao possuidor que, com seu trabalho pessoal e familiar, cultivasse a terra). A Constituição de 1967 já não a estabeleceu, mas admitiu a *legitimação de posse* conferidora de preferência para a aquisição (Lei n. 6.383/76). A usucapião especial (Lei n. 6.969/81) incidente sobre terras devolutas localizadas na zona rural não é mais admitida. O texto constitucional, impondo a imprescritibilidade, vedou a usucapião, urbana e rural (arts. 191, parágrafo único, e 183, § 3º, respectivamente). A impenhorabilidade e a não oneração também são absolutas, conquanto exista divergência doutrinária admitindo-as em relação aos bens dominicais.

Os bens públicos não podem suportar oneração por direitos reais de garantia (como penhor, hipoteca, anticrese).

7 AQUISIÇÃO

A aquisição de bens pela Administração segue, em boa medida, as regras pertinentes ao direito privado, com a incidência concomitante das normas de direito público. São formas usuais de aquisição a *compra*, a *doação*, a *dação em pagamento* e a *permuta*, a *acessão*, a *transmissão de herança*, a *usucapião*, além de outras que refogem ao direito privado, como a *desapropriação, o confisco e a perda de bens em razão de ilícito penal e de ato de improbidade administrativa, a investidura e o registro de parcelamento do solo*.

7.1. PROPRIEDADE E TITULARIDADE

A titularidade dos bens móveis, semoventes e imóveis é atribuída às pessoas políticas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), classificando-se em federal, estadual e municipal. Os bens pertencentes ao Distrito Federal são os mesmos atribuídos aos Estados-Membros, e a repartição segue a imposta pela Constituição Federal, arts. 20 (bens da União) e 26 (bens dos Estados-Membros), remanescendo aos Municípios todos os que não estejam incluídos nos citados dispositivos e localizados no território municipal (como as vias de circulação, as praças, os logradouros públicos etc.). Como visto, também o patrimônio de entidades da Administração Indireta pode ser considerado público (item 2).

7.2. AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS

A compra é o instituto usualmente aplicado para as aquisições de bens móveis e de semoventes e corresponde a "toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente" (Lei n. 8.666/93, art. 6º, III). As compras de bens móveis dependem de licitação — sendo que seu valor determinará a modalidade desta (normalmente convite ou tomada de preço), podendo ensejar a contratação direta (seja por dispensa, seja por inexigibilidade) — e devem observar o princípio da economicidade, sendo obrigatória a fixação de preços compatíveis com o setor privado.

As compras dependem de:

a) processo administrativo do qual conste a caracterização do objeto;
b) indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento e, ainda, quando possível, de:

1) atendimento do princípio da padronização;

2) observância do sistema de registro de preços;

3) submissão às condições existentes e praticadas no setor privado;

4) divisão ou subdivisão em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado;

5) observação dos preços anteriormente praticados no setor público.

A Lei n. 8.666/93 estabelece hipóteses de dispensa aplicáveis às aquisições de bens móveis (v. g., em razão do valor — art. 24, II); se o bem for produzido por órgão ou entidade da Administração para esse fim instituído (VIII); para aquisição de bens de uso pelas Forças Armadas, para o fim de manter a padronização, desde que não se trate de materiais de uso pessoal e administrativo (XIX), assim como permite a contratação direta ante a inexigibilidade de licitação (art. 25, I).

7.3. AQUISIÇÃO DE BENS IMÓVEIS

Além dos modos de aquisição da propriedade privados na legislação civil, detém a Administração a possibilidade de valer-se de institutos de direito público para a aquisição de bens imóveis (desapropriação, confisco, registro de parcelamento do solo e investidura). Os imóveis podem ser adquiridos pelo registro do título (CC, art. 1.245), por acessão (CC, art. 1.248), pela usucapião (CC, art. 1.238) e mesmo por disposição pode ser *originária* ou *derivada*, conforme decorra ou não de manifestação de vontade, como ocorre nas hipóteses de aquisição por usucapião e acessão (originárias) ou pela transcrição do título (derivada).

A aquisição de bem imóvel pela Administração em razão da transcrição do título decorre, usualmente, de venda e compra, permuta, dação em pagamento e doação.

7.3.1. COMPRA E VENDA E PERMUTA

Contrato pelo qual uma das partes, chamada vendedor, transfere o domínio de certo imóvel que integra o seu patrimônio ao outro contratante, chamado comprador, mediante recebimento em dinheiro, de determinado preço (CC, art. 481). As compras promovidas pela Administração devem estar abrigadas em procedimento administrativo, dependem de autorização legislativa, avaliação prévia e, via de regra, de licitação, dispensada esta na hipótese de o imóvel destinar-se ao atendimento das finalidades precípuas daquela, e suas necessidades condicionarem a sua escolha (Lei n. 8.666/93, art. 24, X). A lei não indica a modalidade obrigatória de licitação, sendo fixada em razão do valor ou da inadequação de algumas modalidades. Opta-se, usualmente, pela concorrência. À *permuta* de bens imóveis aplicam-se as mesmas regras, observando-se a

possibilidade de dispensa se praticada entre órgãos ou entidades da própria Administração (Lei n. 8.666/93, art. 17, II, *b* — é a chamada licitação dispensada).

7.3.2. DAÇÃO EM PAGAMENTO

A dação de bem imóvel em pagamento de dívida mantida com o Poder Público constitui forma de aquisição da propriedade, mas depende de lei autorizativa e de avaliação prévia. A lei é indispensável porque o crédito, em princípio, deve ser satisfeito na forma legalmente disposta, sendo excepcional o modo de pagamento pela dação. Ultimada a dação, deverá ser lavrada a escritura pública, que será levada a registro (trata-se de aquisição pela transcrição).

7.3.3. DOAÇÃO

Contrato segundo o qual uma pessoa, chamada doador, por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o patrimônio de outra, designada donatário, que o aceita (CC, art. 538). Nada impede que a entidade estatal, ou suas pessoas jurídicas, seja donatária de bens imóveis. As doações com encargos, porém, devem sujeitar-se à prévia aprovação legislativa, como estabelece a Constituição do Estado de São Paulo (art. 19, IV).

7.4. OUTROS MODOS DE AQUISIÇÃO

A aquisição de bem imóvel pode também decorrer de *usucapião, por desapropriação, por disposição testamentária, em razão do registro de parcelamento do solo, por confisco e perda de bens*. Vejamos as mais significativas.

7.4.1. USUCAPIÃO

Os bens públicos não podem ser objeto de usucapião porque dotados de imprescritibilidade. Mas nada impede que a entidade estatal, atuando em posição de identidade com os particulares, possa adquirir a propriedade imobiliária pela usucapião. Os requisitos são os mesmos aplicáveis aos particulares, não havendo a necessidade de lei autorizativa ou avaliação.

7.4.2. DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação corresponde a um instrumento de intervenção na propriedade privada e que leva à perda da propriedade imóvel (CC, art. 275, V). Somente pode ser realizada por pessoas jurídicas de direito público e desde que atendidos os pressupostos constitucionais e legais (utilidade pública, necessidade pública ou interesse social). Trata-se de modo de aquisição originária da propriedade e apenas de forma excepcional dispensa o expropriante do pagamento de justa e prévia indenização (como pode ocorrer na hipótese do art. 243 da CF).

A competência para legislar sobre a matéria é privativa da União (CF, art. 22, II), sendo concorrente a competência para declarar a necessidade, a utilidade pública ou o interesse social que exigem a expropriação. Excepcionalmente, admite-se que entidades da Administração Indireta declarem a necessidade da desapropriação (por exemplo, ANEEL, DNIT).

As diferentes espécies de desapropriação podem ser:

a) desapropriação ordinária (CF, art. 5º, XXIV): por interesse social, necessidade ou utilidade pública);

b) desapropriação urbanística (CF, arts. 182 e 183 e Estatuto da Cidade);

c) desapropriação para fins de reforma agrária — rural (CF, arts. 184 e 191);

d) desapropriação confiscatória (CF, art. 243).

Interessa notar que da desapropriação sempre decorre a incorporação do bem expropriado ao patrimônio público (é promovida com esse propósito), mas entre as espécies há as que permitem ao expropriante a transferência de domínio posteriormente (como a rural e urbanística).

7.4.3. SUCESSÃO

A entidade estatal tanto poderá figurar como herdeira ou legatária, em disposição de última vontade (testamento), como também será beneficiada na hipótese de herança jacente, desde que observado o prazo de cinco anos da abertura da sucessão sem que seja conhecido qualquer herdeiro ou sucessor. Os bens, conforme a sua localização,

serão revertidos para o patrimônio do Município, do Distrito Federal ou da União (se situados em território), cf. CC, art. 1.844. Os Estados somente receberão se contemplados em testamento.

7.4.4. REGISTRO DE PARCELAMENTO DO SOLO

Independentemente de qualquer pagamento ou ato de vontade, bens imóveis identificados como destinados a vias de circulação, praças, espaços livres e a equipamentos urbanos passam a integrar o patrimônio público quando do registro do parcelamento do solo. Assim, promovido determinado loteamento, quando do seu registro, imediatamente adquire a entidade estatal (Município e Distrito Federal) parte da terra destacada da gleba de terras parcelada em quadras e lotes. A Lei n. 6.766/79 é a lei de regência.

7.4.5. PERDA E CONFISCO DE BENS

O perdimento de bens é sanção prevista na Constituição Federal (art. 5º, XLVI), e a Lei n. 8.429/92 (improbidade administrativa) e o Código Penal (art. 91) disciplinam a possibilidade de sua imposição. Em face do ilícito penal, a reversão dos bens (com a consequente aquisição) dá-se em favor da União e pode incidir sobre: a) instrumentos do crime; b) produto do crime. Também o confisco mereceu previsão constitucional (art. 243, parágrafo único), cabível na hipótese de bem apreendido em decorrência de tráfico de entorpecentes e drogas afins, revertendo-se o bem para instituições especializadas no tratamento e recuperação de viciados, bem como no aparelhamento das atividades de prevenção. As glebas de terra onde haja cultivo ilegal são passíveis de expropriação (CF, art. 243, *caput*), revertendo-se à reforma agrária e com destinação agrícola (cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos).

Ante o cometimento de ato de improbidade (que não possui natureza penal), o perdimento de bens dar-se-á em favor da pessoa jurídica lesada, ou seja, aquela em que o agente ímprobo (autor da improbidade) esteja vinculado, podendo, pois, beneficiar a União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal ou entidades a essas pessoas políticas vinculadas (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias, fundações etc.).

Seja na primeira ou na segunda hipótese, a aquisição dependerá de sentença judicial, proferida em ação penal ou ação de natureza civil, respectivamente.

8 ALIENAÇÃO DE BENS

A alienação de bens imóveis dependerá de autorização legislativa, de avaliação prévia e de licitação, realizada na modalidade de concorrência (Lei n. 8.666/93, art. 17, I). O Código Civil, que impõe a inalienabilidade dos bens públicos, dispõe, no seu art. 67, que perdem os bens tal característica apenas "nos casos e forma que a lei estabelecer", o que torna a inalienabilidade regra, mas ao mesmo tempo a relativiza. Apenas as terras devolutas ou arrecadadas por meio de ação discriminatória e necessárias à proteção dos ecossistemas naturais conservam a absoluta inalienabilidade (CF, art. 225, § 5º). A lei que autoriza a alienação de bem imóvel retira-lhe a destinação específica (promove a desafetação), tornando-o disponível para a transferência patrimonial. Assim, apenas os bens imóveis ditos dominicais podem ser alienados.

Pode a alienação decorrer de:

a) *venda e compra* (contrato regido pelo direito civil com a incidência das exigências mencionadas pela Lei n. 8.666/93, a saber: lei autorizativa, avaliação prévia e concorrência);

b) *incorporação* (transferência de bens para pessoa jurídica instituída pela entidade estatal, v. g., sociedade de economia mista, empresa pública);

c) *retrocessão* (que ocorre sempre que a Administração não mais necessita do bem expropriado, e o particular o aceita em retorno);

d) *investidura* (incorporação à área do particular de área resultante de obra pública ou de qualquer área inaproveitável — Lei n. 8.666/93, art. 17, § 3º);

e) *concessão de domínio* (que não se confunde com concessão de uso e concessão de direito real de uso, porque é forma de alienação hoje admitida apenas para terras devolutas da União, Estados e Municípios — CF, art. 188, § 1º);

f) *legitimação de posse* (uso prolongado por particular de terra devoluta ou de área pública, para cultivo ou edificação residencial, que permite a transferência de domínio. *V.* Estatuto da Terra — Lei n. 4.504/64, aplicável à União, e Lei n. 3.962/57, ao Estado de São Paulo), além do aforamento e da concessão de direito real de uso (para fins sociais ou de regularização fundiária).

A alienação de bens imóveis, como dito, depende de licitação, cuja dispensa poderá ser ordenada nas hipóteses legais (*v.* art. 17 da Lei n. 8.666/93). Para fins específicos de regularização fundiária e atender ao interesse social, a Lei de Licitações passou a prever a concessão de direito real de uso, a alienação gratuita ou onerosa, o aforamento e a locação de bens imóveis residenciais destinados ou utilizados em programas habitacionais (Lei n. 11.481, de 31-5-2007).

A alienação de bens móveis depende de avaliação prévia e de licitação, não carecendo de lei que autorize a transação. O leilão é a modalidade obrigatória para a venda de bens inservíveis, apreendidos ou penhorados (Lei n. 8.666/93, arts. 22, § 5º, e 17, § 6º), não indicando a lei a modalidade obrigatória para as demais hipóteses, que, por decorrência lógica, deve ser a concorrência (única capaz de assegurar ampla participação de interessados). Na Lei de Licitações são contempladas seis hipóteses de dispensa de licitação: doação, permuta, venda de ações por meio da Bolsa de Valores, venda de títulos, venda e compra praticadas na Administração Indireta e, por fim, venda de bens sem destinação ou utilização previsível.

O Supremo Tribunal Federal suspendeu, por inconstitucionalidade, em decisão liminar, parte do dispositivo que contempla as hipóteses de licitação dispensada relativamente a Estados, Distrito Federal e Municípios (inciso I, *b*, *c* e § 1º do art. 17), subsistindo apenas em relação à União e suas entidades da Administração Indireta.

9 USO DE BENS PÚBLICOS

Os bens públicos são utilizados, ordinariamente, pela própria Administração ou pelas entidades públicas que os detêm, quando não estejam vocacionados ao uso comum do povo. A classificação do Código Civil propõe claramente os destinatários ou usuários dos bens públicos (de uso comum ou de uso especial). Os bens de uso comum

ou de uso especial podem, porém, ser utilizados por particulares, desde que o uso não se revele prejudicial ao interesse público (ou ao próprio bem).

Os bens de uso comum (ruas, praças) são de utilização ordinária pelos particulares, independentemente de qualquer concordância pela Administração, podendo ocorrer excepcionalmente o *uso extraordinário* ou sujeito a condições e restrições especiais (fechamento excepcional de uma rua, utilização de uma praça pública para comícios, festas folclóricas, religiosas).

Os bens de uso especial (prédios públicos, repartições públicas) também podem estar afetados ao uso comum. Nas duas hipóteses, porém, conserva o Poder Público a possibilidade de regulamentar o uso, desde que as regulamentações sejam impessoais, genéricas. Por vezes, incidem formas de *uso especial*, devendo o particular observar regras próprias e obter o consentimento da Administração. Assim, a Administração pode consentir que outrem (pessoas físicas ou jurídicas) use privativamente bens públicos, e tanto poderá ser compulsória como facultativa a utilização. Para o deferimento, a Administração poderá empregar não só institutos de direito público como também institutos de direito privado (v. g., a locação, o comodato). O emprego de um instituto ou de outro dependerá sempre da legislação local.

Desse modo, tem-se que o uso pode ser: comum ordinário ou comum extraordinário. Uso comum ordinário pressupõe *a generalidade, a liberdade, a gratuidade*, porque todos, independentemente de remuneração ou de expressa autorização, podem se utilizar do bem público segundo as suas finalidades. O uso comum extraordinário, por seu turno, dá-se sempre que suprimidas uma ou mais de uma daquelas características. O uso depende de consentimento estatal ou está condicionado ao pagamento ou o bem deixa de ser acessível a qualquer pessoa.

O uso normal do bem é aquele que atende a sua finalidade, já o uso anormal é que o impõe a modificação temporária da finalidade do bem (fechamento de uma rua, por exemplo). O uso anormal, por isso, sempre exigirá consentimento estatal, devendo ser precário e temporário. Por fim, o uso pode ser gratuito ou remunerado. O uso privativo de bens públicos sempre sugere consentimento expresso da

Administração Pública, conservando a sua precariedade (porque passível de revogação ou modificação a qualquer tempo).

Em regra, constituem modos de uso privativo de bens públicos: *autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso, cessão de uso, enfiteuse ou aforamento, locação, comodato*. A Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, instituiu, ainda, a *concessão de uso especial para fins de moradia*, que tanto pode ser administrativa como judicial; e a *autorização de uso para fins comerciais*, exclusivamente administrativa. Objetivamente:

a) *autorização de uso*: decorre de ato administrativo, discricionário, precário (diz-se que a autorização é simples), e por ele a Administração consente ou apenas permite e faculta o uso do bem pelo particular, de modo a não prejudicar o interesse público e atender ao interesse predominante do particular, prescindindo de requisitos especiais (autorização legislativa e licitação). A autorização, por vezes, é deferida com prazo de duração (diz-se que a autorização é qualificada), conferindo direitos ao particular enquanto vigente. A revogação do ato antes do término de seu prazo pode ensejar o direito a indenização;

b) *permissão de uso*: decorre de ato administrativo discricionário, precário, negocial, e por ele a Administração consente que o particular utilize o bem, satisfazendo interesse de ambos (o interesse público e o interesse privado são convergentes). Enquanto vigente, a permissão confere direitos ao particular, e, em regra, não deve ser deferida com exclusividade (ex.: instalações, bancas de jornais e revistas em logradouros públicos). O particular não detém mera faculdade de utilização, mas sim dever de usar o bem, sob pena de caducidade, já que também incide interesse público. A permissão pode ser condicionada a prazo certo de duração (permissão qualificada ou condicionada). Sempre que reunir a natureza de contrato, e não de ato administrativo, deve ser precedida de licitação;

c) *concessão de uso*: decorre de contrato administrativo sujeito a prévia licitação, podendo a utilização ser remunerada ou gratuita para o particular (ainda que remunerada não equivale a locação, porque regida por normas de direito público). Atribui direito pessoal de uso do bem público; é realizada *intuitu personae* e não admite, em

regra, transferência a terceiros. Converge o interesse público e o do particular, e quando incidente sobre bens de uso comum há de respeitar a destinação do bem (v. g., mercados municipais, parques de exposição);

d) *concessão de direito real de uso*: igualmente decorre de contrato sujeito a prévia licitação, conferindo direito real (transmissível) e necessitando inscrição no Registro de Imóveis onde o bem estiver matriculado. Pode ser gratuita ou onerosa, operando-se por escritura pública ou termo administrativo, dependentes de registro. É transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, revertendo a posse para a Administração se não cumprido o fim a que se destina (fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social — Decreto-Lei n. 271/67). A hipótese está agora regulada também pela Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007;

e) *cessão de uso*: contrato que prevê a transferência da posse (não transfere a propriedade e não gera direito real) de um bem de uma entidade para outra entidade ou órgão público. Dispensa autorização legislativa quando operada dentro da mesma entidade. Se o destinatário não integrar a mesma entidade exige-se a autorização legal. As condições de uso e o prazo, que tanto poderá ser determinado como também indeterminado, são fixados no termo lavrado, possuindo o contrato a natureza de "ato de colaboração entre repartições públicas" (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 467);

f) *concessão de uso especial*: Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de imóveis, institui a possibilidade de incidir a concessão de uso em bens públicos ocupados até 30 de junho de 2001, para fins de moradia. A concessão poderá ser administrativa ou judicial, desde que ocorra recusa do Poder Público detentor do domínio. Sendo da União ou dos Estados, o Município deverá certificar a localização e a destinação dada por aqueles que ocupem o imóvel. A sentença que instituir a concessão será levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis em que se achar matriculado o imóvel. O direito de concessão é transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, mas

se extingue se o concessionário adquirir propriedades ou concessão de outro imóvel ou alterar a destinação do imóvel objeto da concessão para fins de moradia. São requisitos: 1) possuir o imóvel área máxima de 250 metros quadrados; 2) ser destinado à moradia própria ou dos familiares do requerente (homem ou mulher, independentemente do estado civil); 3) será gratuita; 4) o requerente não deve ser proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural; 5) o prazo de ocupação é de, no mínimo, cinco anos, sem oposição ou interrupção. Os imóveis com mais de 250 metros quadrados, ocupados até 30 de junho de 2001, coletivamente e com a finalidade de moradia, também podem ser objeto de concessão (art. 2º). O Poder Público poderá, no entanto, em qualquer das hipóteses (ocupação individual ou coletiva), assegurar o direito em área diversa da ocupada. Assim será se o imóvel ocupado for: **a)** de uso comum do povo; **b)** destinado a projeto de urbanização; **c)** de interesse especial (defesa nacional, preservação ambiental); **d)** reservado a obras futuras (represas e obras congêneres); e **e)** localizado em vias de circulação;

g) *autorização de uso para fins comerciais*: nos termos da Medida Provisória n. 2.220/2001, o Poder Público poderá conceder *autorização de uso* se a ocupação tiver destinação comercial. A autorização será gratuita e discricionária, desde que o imóvel público, ocupado pelo prazo de cinco anos até 30 de junho de 2001, não possua mais de 250 metros quadrados. A autorização somente é concedida pela Administração Pública, e para a contagem do prazo de cinco anos poderá ser computado período ocupado por terceiro, desde que contínuo.

10 BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE

10.1. TERRA DEVOLUTA

Terra devoluta significa terra devolvida, terra sem proprietário. No sentido jurídico, corresponde à área de terra cuja propriedade não é detida pelo particular nem utilizada pelo Poder Público. Integra o patrimônio público e, por não possuir qualquer destinação, a categoria de bens dominicais. A regularização do domínio de terras privadas

e devolutas — dispõe a Lei n. 6.383/76 do processo discriminatório — é realizada em duas fases distintas: *administrativa* e *judicial*. Na primeira, faz-se a identificação e convocação dos proprietários, buscando a composição das terras devolutas e sua separação das demais, cujo domínio é induvidoso. Não havendo composição possível (seja porque houve atentado com a alteração de divisas, seja porque não foram localizados os possíveis proprietários, ou por ser infrutífero o procedimento administrativo), promove-se a ação discriminatória. O processo judicial guia-se pelo rito sumário. A Constituição, nos arts. 20, II, e 26, IV, determina à União a propriedade das terras devolutas, indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e da preservação ambiental; aos Estados, as demais não incluídas no rol de bens pertencentes à União.

10.2. PLATAFORMA CONTINENTAL

A plataforma continental (que integra o patrimônio da União) compreende "o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além de seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância" (o conceito é ofertado pela Lei n. 8.617/93, art. 11, e está longe de ser facilmente compreendido). À União pertence a plataforma e sobre ela o País exerce a sua soberania, assegurando-se, porém, a outros Estados a possibilidade de utilização (colocação de cabos e dutos), desde que concorde o Governo brasileiro. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, disciplina os critérios de fixação de limites da plataforma continental.

10.3. TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

As terras necessárias à sobrevivência das populações indígenas que as habitam pertencem à União e são inalienáveis, indisponíveis e demarcadas administrativamente. A posse permanente é assegurada aos índios, tendo em conta a sua sobrevivência física e cultural, assegurando-lhes, ainda, o instituto do usufruto exclusivo.

10.4. TERRENOS DE MARINHA

Pertencem ao domínio da União, compreendendo "todos os que, banhados pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, vão até a distância de 33 metros para a parte das terras, contados desde o ponto em que chega o preamar médio" (Aviso Imperial de 1833). O domínio deferido à União busca assegurar a defesa nacional, conquanto seja admitida a incidência de leis municipais quando localizados na área urbana ou urbanizável.

10.5. ILHAS

Podem ser lacustres ou fluviais, conforme estejam em rios de águas comuns ou em lagos. Marítimas, quando havidas no mar; oceânicas ou costeiras, se distantes ou na costa. As fluviais e lacustres pertencem à União se localizadas na faixa de fronteira, ou, como dita a Constituição Federal, pertencem à União "as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal" (CF, art. 20, IV, com a redação dada pela EC n. 46, de 5-5-2005), excetuadas do domínio da União, ainda, as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem sob domínio dos Estados-Membros (CF, art. 26, II). Por exclusão, pertencem aos Estados-Membros aquelas que não integram o patrimônio da União e dos Municípios, ou que não se enfeixarem nas situações descritas anteriormente. Ainda que à União pertença determinada ilha, nada impede que os Estados-Membros ou Municípios venham a ter propriedade imobiliária em seu interior.

Quadro sinótico – Bens públicos

Classificação: segundo a sua destinação (CC, art. 99)	1. bens de uso comum	— ruas, avenidas, praças, rodovias, mares;
	2. bens de uso especial	— repartições públicas, museus, universidades, parques etc.

Classificação: segundo a sua destinação (CC, art. 99)	3. bens dominicais	— os que integram o patrimônio público disponível
	4. bens dominiais	— os sujeitos ao domínio público. Espécies: bens de uso comum, de uso especial e dominicais.
Defesa de Bens Públicos	— ações possessórias (reintegração e manutenção de posse) mandado de segurança	
Afetação	— aquisição ou incorporação de bens públicos (de uso comum ou de uso especial) para uma destinação específica, com exceção dos bens dominicais	
Desafetação	— retirada da destinação dos referidos bens públicos, com a inclusão do bem entre os dominicais (que compõem o patrimônio disponível)	
Regime Jurídico	5. Os bens públicos são gravados de:	1. inalienabilidade; 2. imprescritibilidade; 3. impenhorabilidade; 4. não oneração.
	6. Aquisição de Bens Imóveis:	1. compra e venda e permuta; 2. dação em pagamento; 3. doação.
	6.1. Outros Modos de Aquisição:	1. usucapião; 2. desapropriação; 3. registro de parcelamento; 4. perda e confisco de bens.
	7. Alienação de Bens:	1. venda e compra; 2. incorporação; 3. retrocessão; 4. investidura; 5. concessão de domínio; 6. legitimação de posse.
	8. Uso de Bens Públicos:	1. autorização de uso; 2. permissão de uso; 3. concessão de uso; 4. concessão de direito real de uso; 5. cessão de uso;

Regime Jurídico	8. Uso de Bens Públicos:	6. concessão de uso especial; 7. autorização de uso para fins comerciais.
	9. Bens Públicos em Espécie	1. terra devoluta (terra sem proprietário); 2. plataforma continental; 3. terras ocupadas pelos índios; 4. terrenos de Marinha; 5. ilhas (lacustres ou fluviais).

Capítulo XII
PROCESSO ADMINISTRATIVO

1 INTRODUÇÃO

A exteriorização da vontade da Administração Pública decorre da edição dos atos administrativos. Eles quase sempre dependem de uma série de atos intermediários, depois de seguido um rito, um procedimento, estabelecido pela lei, ou pela própria Administração, por atos normativos. Daí a necessidade de ser conhecido o processo administrativo e o procedimento administrativo.

O procedimento e o processo administrativos não se confundem. O primeiro corresponde ao rito e é realizado no interior do processo, para viabilizá-lo. O segundo, processo administrativo, "implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual" (Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 185).

Sempre se discutiu acerca da existência de processo administrativo, preferindo muitos a opção por "procedimento administrativo", reservando o primeiro apenas para a atuação jurisdicional. Não é técnica essa opção: há processo judicial, processo administrativo e processo legislativo. Tanto assim que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LV, refere-se aos "litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral" para assegurar-lhes o contraditório e ampla defesa, assim como a "processo de licitação" (art. 37, XXI) e a "processo administrativo" (art. 41, § 1º).

O processo administrativo, no que toca ao seu aspecto formal ou estrutural, não difere do processo judicial, estando imune à não observância de princípios que lhe são comuns.

2 O PRINCÍPIO DO "DUE PROCESS OF LAW" E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

O princípio constitucional do "devido processo legal" (*due process of law*) é aplicável ao processo administrativo. Expressamente a Constituição determina a aplicação das garantias expostas nos incisos LIV e LV do art. 5º: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" e "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Inteligente interpretação do princípio é ofertada em lúcido estudo de Nelson Nery Junior (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000), e, com apoio nessa abalizada doutrina, temos:

a) o devido processo legal em sentido genérico, que informa o direito material e tange ao trinômio "vida-liberdade-propriedade", funcionando como condicionante do trabalho legislativo, posto não ser possível a negativa de direito associado àquelas balizas;

b) o devido processo legal processual ou instrumental, que tange ao processo propriamente dito (*substantive due process*).

No campo do direito administrativo já "se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal" (Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 36), decorrendo o princípio de outro postulado também expresso na Carta Constitucional: o princípio da legalidade, e que somente autoriza a atuação administrativa conforme a lei.

O devido processo legal é o primeiro e o principal princípio, sendo dele decorrentes outros expressos e implícitos no texto constitucional: ampla defesa, contraditório, juiz natural, isonomia etc.

Cabe apenas fixar que o princípio não é de aplicação restrita ao processo judicial e, menos, ao processo penal tão somente, conquanto seja mais visível naquela tipologia de ação.

2.1. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Assim como o princípio do devido processo legal, também a garantia expressa no inciso LIII do art. 5º é aplicável ao processo administrativo: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

Dizer que nenhum administrado ou agente público possa ser processado senão pela autoridade competente significa defender a possibilidade de aplicação daquela garantia constitucional. A norma contempla o princípio do juiz natural, do julgador legalmente investido no poder de julgar e objetivamente eleito para o conhecimento da causa.

A norma proíbe, para qualquer processo ou instância, os "tribunais de exceção", o julgador "de encomenda", e no direito administrativo sugere a possibilidade de julgamento apenas pela autoridade que detenha competência para tanto (o poder disciplinar, por exemplo).

Assim, não se apresenta compatível com o sistema constitucional qualquer ato administrativo de efeitos meramente internos que, para processar e julgar determinado fato de interesse da Administração, subverta o processo legal e defira a competência julgadora a quem legitimamente não a possua.

O juiz natural do processo administrativo disciplinar, diga-se, nem sempre é o detentor do "poder hierárquico", mas sempre será aquele para quem tenha sido deferido o "poder disciplinar". Assim, se o agente público acha-se afastado de seu cargo de origem, exercendo funções em outro órgão público, na ocorrência de ilícito funcional, ao órgão de origem competirá o julgamento do processo administrativo disciplinar. Tome-se, como exemplo, o caso do servidor vinculado a determinado órgão do Executivo e que venha a ser comissionado em funções ligadas ao Legislativo. Com a prática de ilícito funcional, competirá ao órgão de sua lotação inicial (Executivo) a imposição de eventual sanção correspondente ao ilícito perpetrado. Diz-se, por isso, que a vinculação hierárquica acompanha o servidor onde quer que esteja; a disciplinar, porém, sempre estará vinculada à sua origem. Acerca da competência como requisito de validade dos atos administrativos, *v*. Capítulo IX, item 2.

2.2. DAS PROVAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo é informado pelo princípio do formalismo moderado (adiante, item 3.5), mas é certo que ele também se orienta pela garantia descrita no inciso LVI do art. 5º da Constituição: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Construiu-se a partir do comando constitucional a doutrinária classificação das provas ilegais, que constituem o gênero e delas são espécies as ilícitas, obtidas a partir da violação do direito material, e as ilegítimas, produzidas de forma contrária à lei processual.

A ilicitude da prova pode, assim, ser formal (quando se refira à violação do direito processual) ou material (quando se refira à violação do direito material). A primeira — formal — é evidenciada com a apresentação da prova; a segunda — material — diz respeito ao momento de obtenção ou de feitura da prova.

A prova obtida por meio ilícito (escuta telefônica, interceptação de correspondência epistolar, telegráfica) jamais poderá ser admitida na seara administrativa, sendo inaplicável a Lei n. 9.296/96 (interceptações telefônicas) no processo administrativo, ante a limitação imposta pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. A interceptação somente é admitida se ordenada por autoridade judicial, para a apuração de ilícito penal — *para fins de investigação ou instrução processual penal*.

Assim, a autoridade administrativa ou mesmo o juiz no processo civil jamais poderão ordenar a produção de prova dessa natureza.

3 PRINCÍPIOS

Ao processo administrativo aplicam-se, como visto, os princípios comuns à teoria geral dos processos (publicidade, ampla defesa, contraditório, impulso oficial, obediência à forma etc.). Há, porém, princípios próprios do processo administrativo: *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência* (Lei n. 9.784/99, aplicável à Administração Federal; Lei n. 10.177/98, aplicável ao Estado de São Paulo), além de outros implícitos: *gratuidade; participação popular; pluralidade de instâncias* etc.

3.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal assegura aos "litigantes em processo judicial ou administrativo" a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se completam. A Lei n. 9.784/99 arrola ambos como informadores da Administração Pública, significando a necessidade de cientificação de todos os atos do processo, o conhecimento de tudo quanto dele constar, a possibilidade de apresentação de defesa escrita, de contrariar a prova produzida e interferir no julgamento, a assistência por advogado, a interposição de recursos, "nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio".

A inobservância dos prazos processuais pode ensejar a nulidade do processo, salvo se espontaneamente comparecer o interessado, suprindo a falta ou irregularidade, ou se evidenciada a ausência de prejuízo para a defesa.

3.2. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS

A Lei n. 9.784/99 (repita-se: aplicável à Administração Federal) limita em três as instâncias administrativas. Diferentemente do que ocorre no processo judicial, a interposição de recurso administrativo devolve ao julgador a possibilidade de examinar matéria já decidida e sobre a qual não se discute, porque o interesse público reside na manutenção da legalidade administrativa e porque é sempre possível a aplicação do princípio da autotutela.

3.3. PRINCÍPIO DA GRATUIDADE

A gratuidade é princípio aplicável a todo processo administrativo, e a Lei n. 9.784/99, no seu art. 2º, parágrafo único, estabelece a proibição da "cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei".

3.4. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Diferentemente do que ocorre nos processos judiciais e legislativos, o processo administrativo pode ser iniciado *ex officio* — por iniciativa da Administração Pública, sem que para tanto concorra

qualquer provocação. Tanto assim que a "impulsão oficial" está assegurada na Lei n. 9.784/99, seja para a instauração, seja para o andamento do processo administrativo. De modo concorrente, novamente o princípio do controle ou da autotutela (já estudados) contribuem para a possibilidade de, independentemente de provocação, a Administração Pública proceder à revisão de seus próprios atos. Não se concebe, porém, o impulso nos demais processos (legislativos e judiciais), reservando-se sempre a quem detenha legítimo interesse a invocação do direito de ação.

3.5. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

O processo administrativo difere do judicial no seu aparente "informalismo", do qual decorre certa discricionariedade para aquele que o preside. A informalidade, porém, não coincide com a arbitrariedade, e o devido processo deve ser, antes, assegurado em lei. Daí batizar-se o princípio de "formalismo moderado", permissor de ritos menos severos que os previstos para o processo judicial. O que não se admite, contudo, é que da informalidade decorra a não observância dos princípios processuais do contraditório, ampla defesa, juiz natural etc.

4 TIPOLOGIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A doutrina consagra a seguinte tipologia do processo administrativo (Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira, Ana Lúcia B. Fontes e Odete Medauar):

a) *processos administrativos de gestão*: licitações; concursos de ingresso ao serviço público; concurso de movimentação nas carreiras — promoção e remoção;

b) *processos administrativos de outorga*: licenciamento ambiental; licenciamento de atividades e exercício de direitos; registro de marcas e de patentes;

c) *processos administrativos de controle*: prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal;

d) *processos administrativos punitivos internos ou externos*: imposição de sanções disciplinares (internos) ou apuração de infrações (externos).

5 FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

As fases do processo administrativo são: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

A *instauração* pode decorrer de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade competente. A portaria deverá conter, sempre que possível, a precisa indicação do fato que constitui objeto do processo administrativo e não pode conter lacuna capaz de inviabilizar o exercício das garantias do contraditório e ampla defesa.

A *instrução* é marcada pela produção de provas, com a participação do interessado. Em se tratando de processo administrativo de outorga será também a fase de eventual complementação da documentação necessária ao julgamento do processo.

O *relatório* é elaborado pelo presidente do processo, que tanto poderá ser um único agente ou uma comissão processante, quando assim a lei exigir. Trata-se de mera peça opinativa, que não vincula a autoridade competente para julgar.

Por fim, o *julgamento* corresponde à decisão proferida pela autoridade ou órgão competente, devendo sempre ser motivada e fundamentada. A decisão que não contém motivação ou se apresentar teratológica é passível de invalidação pelo Judiciário. Não se trata, pois, de ato discricionário, mas vinculado. Pode ocorrer de a lei não indicar a medida ou sanção aplicável à hipótese, reservando a escolha ao prudente arbítrio do administrador; nessa hipótese, a despeito da discricionariedade, exige-se a motivação e a fundamentação.

6 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar é o meio hábil à apuração de faltas disciplinares, violação de deveres funcionais e imposição de sanções a servidores públicos.

A obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar é estabelecida no regime jurídico a que estiver sujeito o agente público, sendo-o usualmente para a apuração das infrações mais graves e que estão sujeitas à imposição de demissão; perda do cargo; suspensão por

mais de trinta dias; cassação de aposentadoria; disponibilidade; destituição de cargo em comissão.

A instauração do processo administrativo disciplinar é ordenada pela autoridade competente para a aplicação da sanção, sendo ele presidido por comissão processante vinculada ao órgão ou entidade. A comissão elaborará, como visto, o relatório opinativo. Pode esta ser especial (constituída para o processo) ou permanente (para todos os processos) e composta por agentes efetivos de cargo idêntico ou mais elevado do que o do servidor acusado. A lei deve estabelecer a forma de investidura por designação de servidores na comissão.

O controle da legalidade do processo administrativo pode ser realizado de forma interna e externa. Internamente, pelo recurso administrativo e com a possibilidade de revisão a qualquer tempo. Externamente, pelo Judiciário, que poderá impor-lhe a anulação. O Judiciário não examina a conveniência ou oportunidade da sanção imposta, substituindo uma por outra, por exemplo. Poderá, se caso, examinando e conhecendo eventual ilegalidade, anular o processo administrativo, mas jamais substituir a autoridade competente para julgar e aplicar a sanção disciplinar.

7 MEIOS SUMÁRIOS

7.1. SINDICÂNCIA

A sindicância constitui meio sumário de investigação, destinando-se à apuração preliminar de fatos e ensejando, quando o caso, a instauração do processo administrativo disciplinar. É realizada sem os formalismos do processo, mas nela *também deverão ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa*.

Alguns estatutos admitem a sindicância como meio hábil à aplicação de sanções menos severas: multa, repreensão e suspensão. Normalmente, porém, ela tem a natureza de processo preparatório do processo administrativo propriamente dito. Sendo preparatória do processo disciplinar, a sindicância poderá ser inquisitiva ou não observar o contraditório e a ampla defesa (está destinada à produção de prova de interesse da Administração), mas, se detiver caráter punitivo, deverá observar os princípios e regras decorrentes do devido processo

legal. Como visto precedentemente (Capítulo X — Agentes Públicos), no sistema da Lei n. 8.112/90 admite-se a sindicância de caráter punitivo e reservada para a aplicação das sanções de advertência ou de suspensão por até trinta dias.

A sindicância, no âmbito da Administração Federal, tem prazo de duração de trinta dias (com uma prorrogação possível), podendo ensejar a aplicação daquelas sanções ou ser convertida em processo administrativo disciplinar (para outras sanções).

7.2. VERDADE SABIDA

Sempre que a falta disciplinar for cometida pelo servidor e dela testemunhar o superior hierárquico, ou tomar conhecimento inequívoco, e desde que não venha a ensejar sanção mais grave, admitem alguns estatutos (como o de São Paulo, por exemplo) a imposição da sanção pela "verdade sabida", conquanto se exige a concomitância da ampla defesa e do contraditório. A aplicação de sanção por esse meio deve ser evitada, porque incompatível com o modelo imposto pela Constituição.

Assim, e por força da disposição constitucional, *não há possibilidade de imposição de sanção pelo simples conhecimento da infração ou por mera verdade sabida*. Não nos parece possível conciliar o devido processo administrativo nos moldes exigidos na Constituição, com a aplicação de sanção disciplinar pela "verdade sabida". Os regimes estatutários que acolhem esse tipo de processo não foram recepcionados pela Carta Constitucional.

7.3. TERMO DE DECLARAÇÕES

Aponta Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 626) também o termo de declarações como meio sumário de imposição de sanção. O servidor, confessando a falta, aceita a sanção aplicável, desde que esta não exija o processo administrativo disciplinar.

Tal como ocorre com a verdade sabida (defendida pelo autor), ponderamos pela impossibilidade legal de se aceitar como válida a sanção imposta pela confissão espontânea do servidor. Exige a Constituição Federal, como já se disse, o processo legal, respeitada a ampla defesa e o contraditório.

As confissões espontâneas, conquanto possíveis, quase sempre sugerem a inexistência de defesa ou de produção de prova, e podem ensejar a anulação pelo Judiciário. Com isso, a despeito de anotada pela doutrina, a aplicação de sanções a partir do mero "termo de declarações" já não se compatibiliza com o sistema constitucional.

7.4. SANÇÕES DISCIPLINARES

A falta disciplinar ou a violação de deveres funcionais pode ensejar a aplicação de sanções que são determinadas segundo a sua gravidade. A escolha da sanção funcional deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, incidindo alguma discricionariedade para o agente competente para a decisão administrativa. O estatuto a que estiver vinculado o servidor regulará a imposição das sanções, sendo usuais as seguintes:

a) demissão;
b) demissão a bem do serviço público;
c) suspensão;
d) advertência;
e) multa.

Como visto, será sempre de competência de cada pessoa política o estabelecimento do regime jurídico aplicável aos seus servidores e, por isso, à lei local caberá a definição das sanções capazes de aplicação em razão da prática do ilícito ou falta funcional. Vejamos, sumariamente, as regras dispostas na Lei n. 8.112/90, aplicável no âmbito da Administração Pública Federal.

7.5. SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO

A Lei n. 8.112, de 1990, estabelece dois instrumentos de apuração das faltas funcionais:

a) sindicância, cabível para a apuração de falta funcional capaz de permitir a aplicação das sanções de *advertência e suspensão por até trinta dias;*
b) processo administrativo disciplinar, cabível para a falta funcional que pode importar na aplicação das sanções de *suspensão por período superior a trinta dias (no máximo, noventa dias); demissão, cassação de*

aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada.

A sindicância pode dar ensejo à instauração do *PAD*, sempre que apurada a prática de infração mais grave e inviável a aplicação daquelas sanções que lhe são próprias. O prazo para a conclusão da sindicância é de trinta dias, admitindo-se uma única prorrogação.

O processo administrativo disciplinar é realizado em três fases distintas: a) instauração (por portaria da autoridade competente e que designa a Comissão Processante); instrução (coleta das provas, inquirição de testemunhas, requisição de documentos, citação e defesa escrita do servidor, relatório da Comissão Processante); julgamento (pela autoridade competente e determinada segundo a natureza da infração e da sanção aplicável).

O afastamento cautelar e temporário, que se realize sem prejuízo da remuneração, poderá ser determinado pelo prazo de até sessenta dias, admitindo-se uma única prorrogação. Cabe à autoridade administrativa determinar o afastamento sempre que puder ocorrer interferências indesejadas na apuração dos fatos.

A fase de instrução é chamada de "inquérito administrativo" e contempla a instrução, a defesa e o relatório final. Na instrução será o servidor citado para a apresentação de defesa escrita. Havendo apenas um indiciado, o prazo será de dez dias, havendo outros, o prazo passará a ser de vinte dias. Os prazos podem ser dilatados quando indispensável a realização de diligências (a prorrogação pode ser pelo dobro do prazo previsto). Será de trinta dias, havendo apenas um indiciado, ou sessenta dias, havendo mais de um. O prazo, como visto, é de dez ou vinte dias, mas a prorrogação será pelo dobro do prazo inicialmente estabelecido (dez dias acrescido do dobro: trinta dias). Em não ocorrendo a citação pessoal, mas ficta (edital), o prazo será de quinze dias, contados da última publicação do edital.

O relatório a ser apresentado pela comissão processante deve ser conclusivo (relatório, descrição da falta, provas amealhadas, versões apresentadas e opinião quanto a procedência ou improcedência).

Ainda sob a regência da Lei n. 8.112/90, alterada pela Lei n. 9.527/97, admite-se o rito sumário para a apuração de faltas decorrentes de *acumulação ilegal de cargos públicos, abandono de cargo ou inassi-*

duidade habitual. O rito sumário prevê apenas a *instauração, instrução e julgamento*. A conclusão deve ocorrer em trinta dias, admitindo-se a prorrogação por outros quinze dias.

A revisão da decisão que impôs a sanção disciplinar poderá ser requerida pelo servidor quando presentes fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a sua inocência, ou, ainda, a inadequação da sanção aplicada (art. 147). A revisão pode decorrer de requerimento do interessado ou de pessoa da família (servidor já falecido ou ausente), como pode ocorrer por decisão da própria Administração (de ofício). Por óbvio, da revisão não pode decorrer o agravamento da sanção aplicada ou a *reformatio in pejus* e menos ainda livra o servidor interessado de produzir prova necessária à comprovação da tese que defende.

8 DEMISSÃO DE VITALÍCIOS

Os agentes públicos investidos em caráter definitivo e perpétuo em cargos públicos (juízes, promotores, conselheiros dos tribunais de contas, diplomatas, ministros dos tribunais superiores etc.) somente perdem o cargo ou se sujeitam à demissão por imposição de sentença judicial. Os vitalícios não são exoneráveis a qualquer tempo, *perdendo o cargo por pedido ou, como dito, por sentença judicial.* Na hipótese de extinção do cargo, permanecerão em disponibilidade. Podem, ainda, ser mantidos em disponibilidade, conforme dispuser a lei de vigência para a carreira que integra o agente. No Ministério Público do Estado de São Paulo, a disponibilidade pode ter nítido caráter punitivo-disciplinar, quando aplicada para o promotor ou procurador por motivo de interesse público, apurável pela "escassa ou insuficiente capacidade de trabalho; conduta incompatível com o cargo, consistente em abusos, erros ou omissões que comprometam o exercício da função, ou carretem prejuízo à dignidade e prestígio da Instituição" (LCE n. 734/93, arts. 162 e 163).

Ao agente público vitalício pode ser imposta a sanção de perda do cargo em razão da prática do ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 12), mas esta dependerá de ação própria. A Constituição Federal, com a chamada Reforma do Judiciário e do Ministério Público, passou a admitir a aplicação da remoção, disponibilidade e aposentadoria ao magistrado e ao membro do Ministé-

rio Público, por decisão de maioria absoluta do respectivo Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, § 4º, III, c/c o art. 93, VIII) e do Ministério Público (CF, art. 130-A, § 2º, III, c/c o art. 129, § 4º), sem prejuízo da competência do próprio Tribunal ou do órgão colegiado do Ministério Público. O desligamento definitivo (perda do cargo), no entanto, não pode decorrer de decisão administrativa dos Conselhos de controle, dependendo de sentença judicial transitada em julgado.

9 DEMISSÃO DE ESTÁVEIS

Para a imposição da sanção de demissão ao servidor estável (que cumpriu o estágio probatório de três anos ou de dois anos, como anotado anteriormente — Capítulo IV, item 5.1), bastará o processo administrativo disciplinar, sem a necessidade de processo judicial, observando-se a lei de regência (de competência local e que disciplina o regime jurídico). O desligamento é aplicável, ainda, para o servidor que, empossado, não entra em exercício no prazo legal, ou para o servidor em estágio e que não o satisfaz na forma exigida em lei. Por fim, é aplicável em razão de avaliação periódica de desempenho (CF, art. 41, § 1º). Calha relembrar que aos empregados de sociedades de economia mista e de empresas públicas, sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, conquanto equiparados a servidores públicos para fins criminais e de improbidade, aplicando-se-lhes normas proibitivas de acumulação remunerada de cargos e funções, teto, salários e outros, não se lhes concede a estabilidade a que fazem jus os servidores administrativos que cumprem o estágio probatório.

A demissão dos empregados de empresas estatais, porém, não pode ser desmotivada, carecendo da realização de processo administrativo que aponte a justificativa e a convergência do interesse público. Exige-se concurso para a admissão e motivação para a rescisão contratual. A despeito disso, há os que sustentam a desnecessidade do processo administrativo, podendo a entidade empresarial livremente dispensar o seu empregado celetista.

A Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 19/98, prevê também o desligamento do estável para atendimento do limite de despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169, § 4º). Nessa

hipótese, exige-se ato motivado e a exoneração não pressupõe o cometimento de falta funcional. Ao agente autor de ato de improbidade, como visto, pode ser aplicada a sanção de perda da função pública, em razão da procedência da ação civil movida para tal fim (CF, art. 37, § 4º, e Lei n. 8.429/92, art. 12).

No regime da Lei n. 8.112/90 (aplicável aos servidores da Administração Federal), as infrações administrativas que admitem a aplicação da demissão são, dentre outras:

a) prática de crime contra a Administração Pública;
b) abandono do cargo de forma intencional por mais de trinta dias;
c) faltas injustificáveis por sessenta dias, ainda que interpoladamente e no período de doze meses;
d) prática de atos de improbidade administrativa;
e) ofensa física, em serviço, a servidor ou particular;
f) acumulação ilegal de cargos etc. (Lei n. 8.112/90, art. 132).

O meio adequado para a aplicação dessas sanções será o processo administrativo disciplinar, de rito ordinário ou de rito sumário, como visto precedentemente (item 6).

Quadro sinótico – Processo administrativo

1. Princípios	1. Princípio do *Due Process of Law*; 2. Princípio do Juiz Natural; 3. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; 4. Princípio da Pluralidade de Instâncias; 5. Princípio da Gratuidade; 6. Princípio da Oficialidade; 7. Princípio do Formalismo Moderado.
2. Tipologia do Processo Administrativo	1. de gestão; 2. de outorga; 3. de controle; 4. punitivos internos ou externos.
3. Fases do Processo Administrativo	1. instauração; 2. instrução; 3. relatório; 4. julgamento.

4. Meios Sumários	1. sindicância; 2. verdade sabida; 3. termo de declarações;	
	4. sanções disciplinares:	a) demissão; b) demissão a bem do serviço público; c) suspensão; d) advertência; e) multa.

Títulos já lançados

Volume 1 — Direito Civil — Parte Geral
Volume 2 — Direito Civil — Direito de Família
Volume 3 — Direito Civil — Direito das Coisas
Volume 4 — Direito Civil — Direito das Sucessões
Volume 5 — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Geral
Volume 6, tomo I — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Especial
Volume 6, tomo II — Direito Civil — Responsabilidade Civil
Volume 7 — Direito Penal — Parte Geral
Volume 8 — Direito Penal — Dos crimes contra a pessoa
Volume 9 — Direito Penal — Dos crimes contra o patrimônio
Volume 10 — Direito Penal — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
Volume 11 — Processo Civil — Teoria geral do processo de conhecimento
Volume 12 — Processo Civil — Processo de execução e cautelar
Volume 13 — Processo Civil — Procedimentos especiais
Volume 14 — Processo Penal — Parte Geral
Volume 15, tomo I — Processo Penal — Procedimentos, nulidades e recursos
Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais — estaduais e federais
Volume 16 — Direito Tributário
Volume 17 — Direito Constitucional — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
Volume 18 — Direito Constitucional — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
Volume 19 — Direito Administrativo — Parte I

Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II

Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias

Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis

Volume 23 — Direito Falimentar

Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

Volume 25 — Direito Previdenciário

Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 30 — Direitos Humanos